



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1866816 - MG (2020/0062185-5)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : SIDNEY APARECIDO FERNANDES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DOSIMETRIA PENAL. PENA-BASE. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **SIDNEY APARECIDO FERNANDES**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 345):

APELAÇÃO CRIMINAL-ROUBO MAJORADO E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE TRÂNSITO - INVIABILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PENAS MANTIDAS - REGIME PRISIONAL - ABRANDAMENTO QUANTO AO CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. 1. Pela vigente redação do art. 306 do CTB, introduzida pela Lei nº 12.760/12, para a configuração do delito de embriaguez ao volante basta que o agente conduza veículo sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, não sendo imprescindível a realização de exame pericial para constatação do nível de concentração de álcool no organismo do agente. 2. Comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, de rigor a manutenção da condenação. 3. As penas devem ser mantidas se fixadas com ponderação e dentro dos limites legais. 4. Nos termos do art. 33, caput, do Código Penal, a pena de detenção deverá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto.

Os embargos declaratórios foram parcialmente acolhidos (fl. 363):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO -OBSCURIDADE E OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - REEXAME DE MATÉRIA-

INADIMISSIBILIDADE - ERRO MATERIAL VERIFICADO - RETIFICAÇÃO NECESSÁRIA. 1. Nos moldes do art. 619 do CPP, os embargos de declaração se destinam à solução de vícios verificados no aresto que revelam ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, não se prestando, contudo, para reexame de matérias amplamente debatidas, tampouco para buscar esclarecimentos subjetivos sobre o convencimento da Turma Julgadora. 2. Verificada a ocorrência de erro material no texto do acórdão original, impõe-se o acolhimento parcial dos embargos para sua retificação.

Nas razões do recurso especial, a defesa sustenta ofensa ao art. 59 do CP, diante da ausência de fundamentação na fixação da pena-base quanto à conduta social, personalidade, pois considerados registros históricos criminais, e circunstâncias do crime.

Pugna, assim, pelo provimento do recurso para que seja fixada a pena-base no mínimo legal, atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Apresentadas as contrarrazões, o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 9 meses de detenção e 3 meses de suspensão da habilitação.

O TJMG deu parcial provimento ao apelo defensivo apenas para fixação do regime semiaberto ao crime punido com detenção (fls. 349):

"Pelo que, mantenho a condenação exarada em primeiro grau, ficando afastado o pleito absolutório.

No tocante às penas, não vejo qualquer alteração a ser feita.

Sabe-se que o Juiz, quando da fixação da pena, tem algum espaço discricionário para valorar as circunstâncias judiciais, objetivando a necessária prevenção e repressão do crime, sempre respeitando os limites previstos no tipo legal. A discricionariedade em questão deve vir acompanhada, para ser validada, de fundamentação idônea, pena de transmutar-se em arbitrariedade inaceitável.

Ainda, não é essencial que a subsunção de um dado concreto colhido do feito siga a rotulagem de uma ou de outra circunstância, dès que este mesmo dado concreto se revele captado pela irradiação macro do conceito de culpabilidade - lato sensu, portanto -, em que se apóiam as demais circunstâncias judiciais, e que se consubstancia na própria ideia de reprovabilidade e censura.

No caso dos autos, não tenho dúvida, a motivação sentencial veio robusta,

sendo destacados gravames extraídos em dados concretos do processo que justificam a fixação da pena -base de cada delito acima do mínimo legal.

Ora, verifica-se que o réu ostenta diversas condenações definitivas (CAC de fs.104/106), aptas a caracterizar sua reincidência e a macular seus antecedentes criminais, além de se prestarem para desabonar sua conduta social e sua personalidade. Além disso; uma quinta condenação, que demonstrava estar o réu em plena execução de pena, em prisão domiciliar, também se mostra idônea para sopesar as consequências do crime em seu favor, sem que se fale em bis in idem. São dados concretos de reprovabilidade que devem influir na dosimetria das penas.

[...]

Logo, ainda que se possa apontar algum ajuste conceituai para essa ou aquela circunstância; certo é que, no todo, há dados processuais mais que suficientes para sustentar a pena -base de cada crime fixada Juízo de primeiro grau.

Pelo que mantenho a pena -base do roubo estabelecida em 06 anos de reclusão e pagamento de 15 dias -multa. Na segunda -fase, foi compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, permanecendo as penas fixadas acima. Na derradeira etapa, as reprimendas foram aumentadas, pela majorante do concurso de pessoas, em 1/3, ficando estabelecidas em 08 anos de reclusão e pagamento de 20 dias -multa.

Ainda, corretamente reconhecido o concurso formal de crimes, - uma vez que, mediante uma ação, o réu praticou dois crimes idênticos, logrando subtrair bens de vítimas distintas que se encontravam no interior do estabelecimento comercial - , as penas do roubo foram exasperadas em 1/6, tornando-as em 09 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 23 dias -multa. Sanção de multa que ora mantenho, embora não aplicada a regra contida no art. 72 do Código Penal, para não acarretar prejuízo ao réu.

Preservo o regime fechado.

Igualmente mantenho a pena -base fixada ao crime de embriaguez no volante em 09 meses de detenção e pagamento de 15 dias -multa. Na segunda -fase, foi compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, permanecendo as penas fixadas acima.

míngua de causas modificadoras, elas foram fixadas em 09 meses de detenção e pagamento de 15 dias -multa.

Também mantenho a pena de suspensão da habilitação pelo prazo de 03 meses, já que fixada com razoabilidade.

Mantenho o regime aberto.

Por fim, devidamente aplicado o concurso material de crimes, ficam as reprimendas concretizadas em 09 anos e 04 meses de reclusão, 09 meses de detenção, pagamento de 38 dias -multa, no valor unitário mínimo legal, além da suspensão da habilitação pelo prazo de 03 meses.

Preservo a fixação do regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena de reclusão, estabelecendo, contudo, o semiaberto para o cumprimento da pena de detenção, com amparo no art. 33, caput, do Código Penal.

Não preenchidos os requisitos legais, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão da suspensão condicional da pena.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, apenas para abrandar o regime prisional atinente ao crime punido com detenção para o sistema semiaberto."

Acrescento do acórdão declaratório (fl. 366):

"Além disso, remanescendo condenação - tal como remanesceu -e), dando conta que o réu cumpria pena em prisão domiciliar, vindo a praticar (ro presente delito, correta sua utilização na valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais, no caso a circunstâncias do crime.

Nesse ponto, registro a existência de erro material, sendo perfeitamente passível de correção pelos presentes embargos de declaração. Constou no acórdão que o acusado estava em plena execução de pena, em prisão domiciliar, se mostrando tal dado idôneo para sopesar as consequências do crime em seu desfavor, quando o correto seria circunstâncias do delito, tal como exposto na sentença (f.229v)."

Consoante se denota, foram mantidas as fundamentações quanto à conduta social, maus antecedentes e personalidade, baseadas na vida pregressa do recorrente, e as circunstâncias do crime.

Em relação à **dosimetria**, 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).

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 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.

Inicialmente, quanto à consideração de registros em histórico criminal na primeira fase da dosimetria penal, o acórdão atacado divergiu do entendimento recentemente firmado pela Terceira Seção nos autos do EREsp n. 1.688.077/MS, **in verbis**:

"Sobre o tema, já tive oportunidade de me manifestar em voto-vista que proferi no Habeas Corpus n. 366.639/SP, quando a questão foi debatida na Quinta Turma desta Corte.

Na ocasião, observei que a divergência detectada neste recurso é relativamente recente, pois pelo menos até 2017 não havia dissenso entre as Turmas desta Corte sobre a possibilidade de utilização de múltiplas condenações criminais transitadas em julgado não utilizadas como reincidência para valorar negativamente, na primeira fase da dosimetria da pena – a fase do art. 59 do Código Penal, tanto os maus antecedentes quanto a personalidade e a conduta social, vedada apenas a utilização da mesma condenação como justificativa para negatar mais de um vetor do art. 59 do Código Penal, o que constituiria bis in idem.

Entretanto, recentemente a Quinta Turma desta Corte passou a defender que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.

A uma, porque a técnica penal define diferentemente cada uma das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal.

Com efeito doutrina, ao esmiuçar os elementos constituintes das circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, enfatiza que a conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios – referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito –, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).

(...)

Com tudo isso em mente, é possível concluir que constitui, no mínimo, uma atecnia entender que 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.

Exsurge, daí, a necessidade de que o magistrado colha, quando da instrução processual, elementos concretos suficientes para a valoração de cada uma das circunstâncias judiciais, reservando à circunstância judicial dos antecedentes a análise da folha criminal, momento em que o histórico de múltiplas condenações definitivas do réu pode ser valorado de forma mais enfática.

Esse vem sendo o entendimento adotado pela Quinta Turma do STJ na atualidade:

(...)

Registro, inclusive, uma tendência mais recente da Sexta Turma desta Corte de se alinhar ao entendimento antes esposado apenas pela Quinta Turma, como se vê, entre outros, dos seguintes julgados:

(...)

Observo, por fim, que essa novel orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça se alinha à orientação seguida pela col. Segunda Turma do eg. Pretório Excelso:

(...)" (EResp 1688077/MS, Terceira Seção, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 28/08/2019)

Assim, devem ser excluídas as vetoriais da personalidade e da conduta social.

Por outro lado, quanto às circunstâncias, trata-se da avaliação dos elementos não definidos na lei penal, mas que ajudam a delinear as singularidades do fato. Neste conjunto, incluem-se o **modus operandi** e o estado de ânimo do agente, a duração dos eventos criminosos, dentre outros fatores. No caso destes autos, devidamente fundamentada referida circunstância, porquanto considerada a prática do crime no curso de execução de pena, em prisão domiciliar.

Tal compreensão não destoia daquilo que esta Corte tem considerado no momento de avaliar a pertinência da elevação da pena quanto aos vetores ora em análise, uma vez que a descrição dos fatos ilustra a gravidade concreta do delito. **Deve ser mantida a análise negativa dessa vetorial.**

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL APRESENTADO DE FORMA DEFICIENTE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo

legislador, 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. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

2. No tocante à culpabilidade, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Na hipótese dos autos, o Juiz de 1º grau ressaltou que o réu, como policial militar, deveria ter conferido o armamento antes de utilizá-lo no evento de simulação de operação policial antissequestro, negligência que ocasionou a morte de um jovem de apenas 13 anos de idade, que assistia ao evento em frente à escola do bairro. Tal conduta também colocou em risco centenas de pessoas, o que denota maior reprovabilidade e permite a elevação da pena-base.

3. **No que se refere às circunstâncias do delito, essas possuem relação com o modus operandi veiculado no evento criminoso. O magistrado valorou esta circunstância de forma negativa, explicitando o modo como o crime foi praticado, em via pública, durante um evento da polícia, com a inauguração de uma escola e participação de várias crianças, pelo que a decisão deve ser mantida na sua integralidade.**

4. Não se revela desproporcional o aumento da pena-base em 1 (um) ano e 1 (um) mês acima do mínimo legal, pois, "segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a definição do quantum de aumento da pena-base, em razão de circunstância judicial desfavorável, está dentro da discricionariedade juridicamente vinculada e deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime. Não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade." (HC 437.157/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018, com destaque).

5. Dissídio jurisprudencial apresentado de forma deficiente. O recurso fundado na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência, sendo necessária a transcrição dos trechos que configuram o dissenso, mencionando as circunstâncias que identificam os casos confrontados, nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que o disciplinam, ônus do qual não se desincumbiu a parte insurgente.

6. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

7. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n.

Considerando a fundamentação exposta e os parâmetros delineados pelas instâncias ordinárias, bem como a conformação quanto aos maus antecedentes, imperioso **revisar a dosimetria** da pena.

Quanto ao crime de roubo majorado.

Na primeira fase, decoto da pena-base a conduta social e a personalidade, mantenho as demais (maus antecedentes e circunstâncias do crime) e fixo em 5 anos de reclusão e 13 dias-multa.

Na segunda fase, a pena se mantém nesse patamar ante a compensação da confissão e reincidência (fl. 274).

Por fim, na terceira etapa, mantenho a fração de 1/3 pela majorante do concurso de pessoas (fl. 274) e fixo a pena em 6 anos e 8 meses e 18 dias-multa, aumentada ainda em 1/6 pelo concurso formal, resultando a pena definitiva em 7 anos, 9 meses e 10 meses de reclusão e 21 dias-multa.

Quanto ao crime de embriaguez ao volante:

Na primeira fase, decoto da pena-base a conduta social e a personalidade, mantenho as demais (maus antecedentes e circunstâncias do crime) e fixo em 7 meses e 15 dias de detenção e 13 dias-multa.

Na segunda fase, a pena se mantém nesse patamar ante a compensação da confissão e reincidência (fl. 275).

Por fim, na terceira etapa, torno-a definitiva em **7 meses e 15 dias de detenção e 13 dias-multa**, ante a ausência de elementos a serem considerados

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

P. e I.

Brasília, 23 de março de 2020.

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