

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.630.706 - MT (2019/0363928-4)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : DIEGO DOS SANTOS BARROS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

DECISÃO

A controvérsia foi bem delimitada no parecer ministerial acostado às e-STJ fls. 267/269:

Trata-se de Agravo em Recurso Especial interposto por DIEGO DOS SANTOS BARROS contra decisão proferida pela Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que inadmitiu o processamento do Recurso Especial interposto em face de acórdão proferido por sua 3ª Câmara Criminal, o qual negou provimento ao apelo do ora agravante, nos termos da ementa que se segue (fl. 171):

PELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ROUBO (ART. 157, CAPUT, DO CP) - CONDENAÇÃO - IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA - ALMEJADA READEQUAÇÃO DA PENA - BASE - IMPROCEDÊNCIA - IDÔNEA NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES - EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL AOS DIVERSOS REGISTROS CRIMINAIS PRETÉRITOS - CONTUMÁCIA ESPECÍFICA EM DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO - APELO DESPROVIDO. Permanece incólume a pena-base estabelecida na origem, por ser idônea a carga negativa imposta aos antecedentes criminais de acordo com as peculiaridades do caso - contumácia específica do apelante em delitos contra o patrimônio, e justo o acréscimo consequentemente efetuado, fixado dentro dos limites do preceito secundário previsto para o tipo penal, exercido o livre convencimento do magistrado e observada a diretriz contida no art. 93, inciso IX, da CF/88." (Ap. 0000374-04.2019.8.11.0055, DES. GILBERTO GIRALDELLI, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 28/08/2019)

2. Em sede de recurso especial manejado com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, o recorrente alega contrariedade aos arts. 59, caput e inciso II, e 68, caput, ambos do Código Penal, sob o argumento de que houve desproporcionalidade da fixação da pena-base, que foi aumentada em 1/3 (um terço) pela existência de uma única circunstância judicial desfavorável.

3. Requer o provimento do presente recurso para que a fração de aumento aplicada à básica seja reduzida para 1/6 (um sexto) da pena mínima, ou, alternativamente, 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao tipo.

4. Contudo, a decisão de fls. 216/218, que negou trânsito ao Especial, fundamentou-se na incidência do óbice estampado na Súmula 7 do STJ.

5. Adveio, então, o presente Agravo em recurso especial, em cujas razões o agravante sustenta, em síntese, que a fundamentação do recurso especial e o pedido nele constante giram em torno, exclusivamente, de questões de direito, uma vez que o recurso pretende promover a discussão exclusivamente jurídica da operação dosimétrica no tocante ao quantum de aumento atribuída à circunstância judicial.

6. Apresentada a contraminuta às fls. 250/253, subiram os autos a esse C. Superior Tribunal de Justiça e, digitalizados, vieram com vista ao Ministério Público Federal.

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou para que seja negado seguimento ao recurso especial (e-STJ fl. 267):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. OFENSA AO ART. 59, CAPUT E II, E ART. 68, CAPUT, TODOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA NA CONSIDERAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DO ART. 59 DO CP, QUE NÃO SE CONFUNDE COM SIMPLES OPERAÇÃO ARITMÉTICA. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VETO DA SÚM. 7/STJ. CONHECIMENTO DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

– A pretensão aviada no Especial, pela qual se busca a revisão dos critérios adotados pelas instâncias ordinárias na realização da dosimetria da pena, particularmente no tocante à fração adotada para a circunstância judicial dos maus antecedentes, remete à reapreciação dos fatos e do poder de convicção das provas do caso em apreço, com vistas a infirmar as conclusões das instâncias ordinárias, obtidas após ampla e suficiente análise do arcabouço fático-probatório carreado aos autos, atraindo, assim, o óbice estampado na Súmula nº 7 do STJ.

– In casu, tendo o Juízo sentenciante asseverado que os maus antecedentes decorrem de três condenações anteriores transitadas em julgado por delitos da mesma espécie, a fixação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legal atende ao princípio da proporcionalidade.

– Parecer pelo conhecimento do agravo para negar seguimento ao recurso especial.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo.

Passo à análise do pedido.

Pois bem. A fixação das penas revela um labor regulado por princípios e regras constitucionais e legais, previstos no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, nos arts. 59 e 68 do Código Penal e no art. 387 do Código de Processo Penal.

Nessa toada, para chegar a uma aplicação justa e equânime da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve ater-se às singularidades do caso concreto para entregar a devida e substancial prestação jurisdicional.

A ponderação das oito circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal não se resume a uma simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas. Tal ponderação enseja um verdadeiro processo que impõe ao magistrado apontar, de forma motivada, as balizas para a fixação da pena-base e aplicar a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato delituoso.

BITTENCOURT, ao citar Aníbal Bruno, descreve as circunstâncias judiciais como "*condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos*" (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 550).

Cumprе ressaltar, ainda, que o *quantum* de aumento da pena-base não guarda relação exclusiva com a quantidade de circunstâncias judiciais valoradas negativamente, mas sim com a valoração de cada uma delas e a atribuição de pesos conforme a sua relevância na situação fática analisada.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS IDÔNEOS A JUSTIFICAR O AUMENTO. MAJORAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE E PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

VI - Além disso, 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, como ocorreu no presente caso.

Habeas corpus não conhecido. (HC 512.510/RJ, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019.)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DECISÃO IMPUGNADA.

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie.

2. Na hipótese, o acórdão recorrido, em observância ao princípio da individualização da pena, manteve a exasperação da sanção inicial estabelecida na origem, considerando a função de destaque exercida pela agravante no esquema criminoso, o modus operandi utilizado com a criação de empresas fantasmas para garantir a prática do delito, fundamentos que imprimem maior reprovabilidade à conduta imputada, justificando o aumento procedido, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

3. Ainda que não especificadas as circunstâncias judiciais consideradas negativas pelas instâncias de origem, não há que se falar em ilegalidade no montante majorado, tendo em vista que é entendimento deste Sodalício que apenas uma vetorial desfavorável pode levar a pena-base ao patamar máximo permitido para o aumento, desde que sustentada por fundamentação suficiente, como na espécie.

4. Agravo improvido. (AgRg no AREsp 1.253.065/SP, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019, grifei.)

E, na hipótese, o acórdão assim consignou quanto à manutenção da pena-base (e-STJ fls. 174/175):

Nada obstante o estandarte defensivo ter fulcro na suposta desproporcionalidade do recrudescido na pena basilar, em razão da valoração negativa de apenas uma circunstâncias quantum judicial – antecedentes, cumpre destacar ser cediço que, em atenção ao comando constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, CRFB), o legislador deixou certa margem de escolha ao julgador, para, em observância ao sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, mensurar os vetores judiciais (1.ª fase), as circunstâncias legais atenuantes/agravantes (2.ª fase) e as causas de diminuição/aumento (3.ª fase), aplicando, proporcionalmente, a

sanção necessária e suficiente para a prevenção e repressão do delito.

Especificamente quanto à aplicação da pena privativa de liberdade na primeira etapa da dosimetria penal, não se pode olvidar que o juiz possui grande discricionariedade, cabendo salientar, contudo, que essa faculdade está vinculada à observância dos oito critérios judiciais elencados no caput do art. 59 do Código Penal, de modo que, ao fixar a pena-base, é exigível que o magistrado sentenciante indique concretamente as razões que o fizeram valorar como favorável ou desfavorável qualquer desses elementos.

Do teor da r. sentença objurgada, tem-se que a pena basilar imposta ao apelante foi alcançada a partir do seguinte cálculo:

“Seus antecedentes não são bons, visto que, analisando detidamente os registros criminais acostados as fls. 80/81, constato que o réu possui quatro (04) sentenças penais condenatórias, sendo que, embora todas elas configurem a reincidência, três (03) delas serão utilizadas para negativar a presente circunstância e a outra, será sopesada na segunda fase dosimétrica, para fins de reconhecimento da reincidência. [...]”

Levando em conta essas circunstâncias judiciais parcialmente desfavoráveis, notadamente os antecedentes hei por bem fixar a PENA-BASE acima do mínimo legal, em razão das inúmeras condenações definitivas, inclusive, todas pela prática de crimes contra o patrimônio, aplicando-se, portanto, a fração de um terço (1/3), atingindo-se, por consequência, o quantum de cinco 5 anos e quatro (04) meses de reclusão (ID 8289922) – com destaques no original.

Depreende-se, portanto, que a magistrada singular exasperou a pena-base em 01 com supedâneo na negatificação atribuída aos ostentados (um) ano e 04 (quatro) meses, antecedentes pelo ora apelante, sob o viés de sua multirreincidência, destacando, outrossim, se tratar de reiteração específica em crimes patrimoniais - furtos, a evidenciar avaliação idônea ao recrudesimento, porquanto verificada a necessidade de tratamento mais severo a partir de especificidades do caso concreto, dada a existência real de indicativos de que seu envolvimento em ilícitos desta espécie não é esporádico, não se afastando o raciocínio de que o acusado está galgando em direção a delitos mais graves e violentos, visto ora responder pelo crime de roubo.

Com efeito, esta Corte entende que o aumento de 1/6 da pena mínima é a regra para o aumento de cada vetorial negativa na primeira fase da dosimetria da pena, e qualquer acréscimo superior a essa fração depende de fundamentação concreta, o que ocorreu no caso em tela, porquanto se trata de réu multirreincidente, fundamentação essa consentânea com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. 2/3 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. PENA REDIMENSIONADA.

[...]

3. Tendo o Tribunal a quo asseverado que os maus antecedentes decorrem de duas condenações anteriores transitadas em julgado (ameaça e tentativa de homicídio qualificado), a fixação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legal atende ao princípio da proporcionalidade.

4. Agravo regimental improvido

(AgRg no HC 473.257/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 4/2/2019, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS POR AÇÃO EM CURSO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO CARACTERIZADA. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS DEFINITIVAS. DOCUMENTO ESSENCIAL À COMPROVAÇÃO DA ALEGAÇÃO DO AGRAVANTE NÃO JUNTADO NO MANDAMUS. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE 1/5. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO E AFIRMOU SER USUÁRIO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

6. A majoração da pena-base, em razão dos maus antecedentes, em 1/5 mostra-se razoável, considerando, sobretudo, que foram apresentadas duas condenações anteriores para negatar a referida circunstância judicial, bem como os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão. Ressalto que a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016), como na hipótese dos autos.

7. A jurisprudência deste Sodalício tem se posicionado no sentido de que, considerando a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o bis in

Superior Tribunal de Justiça

idem, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes e da reincidência. In casu, trata-se de paciente que ostenta três condenações com trânsito em julgado anterior ao delito praticado (uma por tráfico e duas por roubo), não havendo ilegalidade na utilização de duas dessas condenações para justificar o aumento da pena-base, em razão da consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como da utilização de outra condenação para elevar a pena na segunda etapa, ante a constatada reincidência.

8. A confissão espontânea pela prática de uso de drogas não enseja a aplicação da referida atenuante se o réu foi condenado pelo delito de tráfico de drogas, conforme jurisprudência desta Corte.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 460.888/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 21/03/2019)

Ante o exposto, conheço do agravo e **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator