



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1851748 - SP (2019/0362872-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : ADRIANO ALVES DO NASCIMENTO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA DO VAL RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : CLEYTON DANILLO ARAUJO DOS SANTOS

DECISÃO

ADRIANO ALVES DO NASCIMENTO interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0001664-77.2018.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, mais 11 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do CP.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação ministerial, a fim de aumentar a pena para 8 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão mais 18 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, II, do CP.

Nas razões do especial, alega a defesa que o acórdão recorrido violou o art. 59 do CP, ao argumento de que os registros da folha de antecedentes não podem ser utilizados para valorar negativamente as vetoriais relativas à conduta social e à personalidade.

Aduz contrariedade ao art. 67 do CP, haja vista que a agravante da reincidência não foi compensada com a confissão.

Requer a diminuição da pena-base e compensação entre as referidas agravante e atenuante.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o especial na origem, o Ministério Público Federal opinou pelo seu não provimento.

Decido.

O acórdão recorrido asseriu o seguinte:

Em observância ao artigo 59 do diploma repressivo, **conquanto a condenação noticiada a fls. 283 (por roubo qualificado e**

resistência) não tenha transitado em julgado e por conseguinte não configure maus antecedentes, caracteriza conduta social deletéria e personalidade desajustada, circunstâncias judiciais que, de qualquer sorte, influem na aplicação do castigo. Portanto, exsurge adequada a exasperação das penas-base na fração de 1/6 (um sexto). Na segunda fase do tríplice método, a confissão – frisa-se, parcial – não se podia mesmo atribuir maior valor, tratando-se **Adriano de reincidente** (condenação por receptação, cf. certidão de fls. 282), **ao dispor o Código Penal, em seu art. 67**, que "no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência", **deu a conhecer a opção preferencial do legislador pelas circunstâncias de caráter subjetivo, em detrimento daquelas de caráter objetivo.**

[...]

Logo, **sopesadas a confissão espontânea e a reincidência, aumentam-se os castigos na fração de apenas 1/6 (aumentar-se-ia em um quarto caso não houvesse a atenuante).**
(fls. 438-440, destaquei)

Os arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 e seguintes do CP e 387 do CPP estabelecem princípios e regras que regem a individualização e a quantificação da pena necessária para prevenir e reprimir o crime praticado. Dentro dessas balizas, o magistrado tem certa discricionariedade para avaliar as singularidades do caso concreto em relação à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, ao comportamento da vítima, aos motivos, bem como às circunstâncias e às consequências do delito.

Quanto à primeira fase da dosimetria, remanesci vencido no julgamento do **HC n. 348.451/RJ**, no qual a Sexta Turma decidiu, nos termos do voto vencedor do Ministro Nefi Cordeiro: "a existência de condenações anteriores transitadas em julgado pode justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de *bis in idem*. O que não se admite é a consideração de uma mesma condenação para a valoração negativa de mais de uma circunstância judicial ou de uma circunstância judicial e da reincidência".

Mais recentemente, também restei vencido no julgamento, pela Sexta Turma, do Agravo Regimental no **Recurso Especial n. 1.688.077**. Na ocasião, assim me expressei oralmente:

Senhor Presidente, fico vencido na questão relativa à distribuição dos registros de antecedentes penais entre as circunstâncias judiciais.

Entendo, como já tive oportunidade de dizer neste colegiado, que a indicação de registros de ações penais com transito em julgado, com o fim de respaldar o incremento da pena na primeira fase da dosimetria, caracteriza indevido *bis in idem*, quando divididos em

mais de uma circunstância.

Com efeito, se a existência de condenações definitivas anteriores já foi devidamente sopesada na primeira etapa da dosimetria (art. 59 do CP), a título de maus antecedentes, ela não poderia ser novamente valorada, também para fins de exasperação da pena-base, como personalidade desajustada ou conduta social reprovável.

No caso concreto, verifico a ilegalidade na dosimetria. A existência de condenações definitivas anteriores e distintas daquela considerada para efeitos de reincidência, de fato, pode ensejar a elevação da pena-base.

Contudo, o histórico criminal do réu – que, tecnicamente, deveria ser enquadrado na vetorial antecedentes – não pode ser desmembrado para justificar, para cada condenação, a análise desfavorável de circunstâncias judiciais diversas, sob pena de aceitar-se múltipla exasperação na mesma etapa da dosimetria, por idêntica motivação jurídica. O réu estaria sendo duplamente punido pela existência de condenações definitivas anteriores, não importa o número delas.

Não desconheço o entendimento segundo o qual é possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência; entretanto, tenho que a hipótese dos autos trata de situação diversa, haja vista que a mesma circunstância foi distribuída para valorar negativamente a circunstância judicial da personalidade, ensejando a múltipla exasperação da pena na mesma etapa da dosimetria, o que, a toda evidência, não se pode admitir, com a devida vênia dos entendimentos contrários.

Sendo assim, na espécie, as condenações transitadas em julgado e não consideradas para efeitos de reincidência autorizam ter por desfavorável apenas a circunstância dos antecedentes.

É como voto.

A seu turno, a Quinta Turma alterou seu entendimento sobre a questão, não inteiramente idêntica, mas com razão cognitiva e teleológica comum: "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)" (HC n. 421.729/MS, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 30/8/2018). É dizer, passou a Quinta Turma a entender que somente a título de antecedentes penais se pode anotar, como negativa, a circunstância judicial relativa a registros criminais passados do sentenciado.

Por fim, em julgado recente, a Terceira Seção deste Superior Tribunal decidiu em igual direção, assentando 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. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte"** (EAREsp n. 1.311.636/MS, Rel. Ministro

Na espécie, a instância antecedente levou em conta condenação ainda não definitiva com a finalidade de sopesar negativamente a conduta social e a personalidade.

No que tange à segunda fase, no julgamento dos **EREsp n. 1.154.752/RS** e do **Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT**, a Terceira Seção deste Superior Tribunal fixou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

Nestes autos, destaco que as instâncias ordinárias limitaram-se a registrar a reincidência do réu, sem indicar qualquer elemento que a jurisprudência desta Corte Superior entenda ser incompatível com a compensação, como o número de reiteraões criminosas, razão por que deve ser provido o pleito recursal.

Nesse ponto, observo que a compensação não se opera mediante cálculo aritmético – não objetiva a apuração de saldo –, mas, sim, no todo, independentemente da quantidade de pena atribuída à agravante e à atenuante.

Feitas essas observações, passo à nova dosimetria.

Consideradas neutras as vetoriais conduta social e personalidade, fixo a **pena-base no mínimo legal: 4 anos de reclusão mais 10 dias- multa, que coincide com a intermediária**, pois compenso a reincidência com a confissão. Na terceira etapa, mantenho o aumento de 1/3 decorrente da majorante concursos de agentes, com o que torno **definitiva a reprimenda em 5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa.**

Em decorrência do concurso formal, preservo o acréscimo de 1/6 a esse montante, de maneira a chegar a **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 14 dias-multa.**

Diante do exposto, dou provimennto ao recurso especial, com o intuito de diminuir a pena para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 14 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 01 de abril de 2020.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator