



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.311.636 - MS (2018/0147803-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
OUTRO NOME : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO COMO *AMICUS CURIAE*: DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE. RÉU QUE OSTENTA MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O *amicus curiae* atua, no processo, como um verdadeiro colaborador da justiça, cuja intervenção se justifica na necessidade de se abrir o diálogo jurídico à sociedade, haja vista a existência de questões que ultrapassam os interesses meramente das partes. Possibilita-se, outrossim, o debate não apenas jurídico, mas também metajurídico, qualificando-se as informações dos autos, a fim de contribuir para decisões com maior legitimidade democrática, por meio de um processo cooperativo.

Sua admissão no processo penal (art. 3º do CPP), no entanto, a par dos requisitos descritos no art. 138 do CPC/2015 (relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia), é pautada fundamentalmente na sua aptidão de contribuir para a elucidação do tema objeto de controvérsia, tendo em conta sua expertise e/ou experiência no campo de atuação relacionado à questão analisada no bojo do processo, sem descuidar da necessidade de manutenção da paridade de armas, de maneira a não agravar a situação processual do réu.

Não se revela útil a admissão de outro Ministério Público estadual como *amicus curiae* se a instituição já se encontra suficientemente representada pelo Ministério Público estadual que deu início à ação penal e figura como recorrido nos embargos de divergência, bem como pelo Ministério Público Federal, ambos com possibilidade de se manifestar nos autos e fazer uso da palavra por ocasião do julgamento, tanto mais quando a única contribuição referente ao mérito da controvérsia trazida pelo pretense interveniente foi a citação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precedentes desta Corte sobre o tema, o que não configura argumentação inédita apta a trazer uma nova luz sobre a questão.

De outro lado e tendo em conta que a instituição do Ministério Público é una, nada impede o acompanhamento da questão pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em reforço à interpretação defendida pela acusação, mas sempre em colaboração com o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, ora recorrido.

2. 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.

3. 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 das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).

Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.

4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e “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). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 e HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019. Uniformização jurisprudencial consolidada.

5. *In casu*, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de lesão corporal (129, § 9º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade e seus maus antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base em diferentes condenações criminais transitadas em julgado.

6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanesce ainda, em ambos os delitos, a vetorial “antecedentes criminais”, o que justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, conhecer de seu agravo e dar provimento a seu recurso especial, reduzindo, as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor “personalidade”, na primeira fase da dosimetria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso de embargos de divergência e manteve o indeferimento da intervenção do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como amicus curiae, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro que negava provimento aos embargos de divergência. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.311.636 - MS (2018/0147803-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
OUTRO NOME : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de embargos de divergência interpostos por ALBERTO ALENCAR BRANDÃO DE ALMEIDA, representado pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, contra acórdão da Sexta Turma desta Corte que negou provimento a seu agravo regimental, mantendo, assim, a decisão monocrática do Relator, Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, que conheceu de seu agravo para negar provimento ao recurso especial.

Consta nos autos que, no dia 1º de abril de 2014, por volta das 17h00min, na residência localizada na Rua Humaitá, n. 204, na cidade de Dourados/MS, ALBERTO ALENCAR BRANDÃO DE ALMEIDA ofendeu a integridade física de GISLENE DENIZE BRANDÃO DE ALMEIDA, sua irmã, resultando em lesões corporais, bem como a ameaçou de causar-lhe mal injusto e grave.

A sentença, proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, em 11/1/2018, condenou o réu à pena de 1 (um) ano de detenção, como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal, e à pena de 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, pela prática do crime previsto no artigo 147 do Código Penal, em regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 142/152).

Mantida a condenação pelo TJ/MG, que negou provimento ao apelo da defesa, o réu interpôs recurso especial. Seu recurso, entretanto, foi inadmitido pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, ao fundamento de que a irrisignação esbarrava no óbice da Súmula n. 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na sequência, o réu se valeu de agravo em recurso especial ao qual foi negado provimento pelo Relator, monocraticamente, com amparo na Súmula n. 568/STJ (acórdão recorrido que se alinha ao entendimento dominante acerca do tema no STJ).

Contra tal decisão monocrática, manejou agravo regimental que recebeu a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. RÉU QUE OSTENTA MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, POSSIBILIDADE DE USO DE UMA DELAS NA VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR PERSONALIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DESTA CORTE.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.311.636/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 24/09/2018.)

Inconformado, nos embargos de divergência, o embargante sustenta que, ao decidir pela possibilidade de valoração negativa da personalidade do réu, na primeira fase da dosimetria da pena, com base em condenações definitivas pretéritas, o acórdão recorrido dissentiu do entendimento adotado pela Quinta Turma desta Corte a respeito do mesmo tema.

Aponta como paradigma o seguinte julgado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM FUNÇÃO DA PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES EM FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. VETORIAL DECOTADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

De acordo com o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a circunstância judicial referente a personalidade do agente não pode ser apreciada com base em folha de antecedentes. "A Quinta Turma 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, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 5/4/2017).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.721.920/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018.) (Grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta ser “de manifesta precariedade a fundamentação com que se pretende, com base em registros de condenações anteriores, justificar a valoração negativa da referida circunstância judicial da personalidade do agente, eis que não há nenhuma prova que comprove, concretamente, qual a matriz fatalística e criminógena do alardeado desvio de personalidade atribuível ao ora embargante e que legitimaria, sob tal pecha, a exasperação de sua pena-base” (e-STJ fl. 355).

Acrescenta que “é sabido e consabido ser a personalidade uma categoria por demais complexa, no âmbito das ciências humanas e sociais aplicadas, o que torna compreensível as incontáveis teorias existentes a tal respeito, razão pela qual sua compreensão e/ou aferição não é de ser extraída da simples análise dos antecedentes criminais do sentenciado” (e-STJ fl. 355).

Pede, assim, seja “CONHECIDO e PROVIDO o presente recurso de EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, com vistas à prevalência da posição adotada pela colenda Quinta Turma desta egrégia Corte da Cidadania, com o conseqüente afastamento da negatização da moduladora da personalidade do agente” (e-STJ fl. 356).

Os embargos de divergência foram por mim admitidos (e-STJ fls. 374/376).

Em contrarrazões ao recurso (e-STJ fls. 388/395), o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ponderou:

*Compulsando os autos, nota-se que foram consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao embargante, para ambos os crimes (lesão corporal e ameaça, praticados no âmbito de violência doméstica e familiar), os **antecedentes criminais**, pois “há registro de sentença condenatória com trânsito em julgado nos **autos nº 130/1990**” e a **personalidade**, uma vez que “as folhas de antecedentes criminais demonstram tratar-se de pessoa voltada à prática delitiva, posto possuir diversas condenações criminais que não caracterizam reincidência, como a proferida nos **autos nº 028/1993**” (fls. 148/151).*

*Ademais, conforme certidão de fls. 127/129, o embargante possui outras **duas** condenações transitadas em julgado (**autos nº 0000936- 68.2007.8.12.0002** e **nº 0007563-39.2017.8.12.0002**), sendo que a primeira foi utilizada na 2ª fase da dosimetria da pena para caracterizar a agravante da **reincidência**, a qual foi*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensada com a atenuante da confissão (fls. 149 e 151).

Desse modo, percebe-se que o embargante possui múltiplas condenações transitadas em julgado, por fatos diversos entre si, o que possibilita valorações distintas das mesmas na dosimetria da pena, sem que isso configure “bis in idem”.

(...)

(...) é perfeitamente admissível a utilização de condenação anterior transitada em julgado para valorar negativamente a circunstância judicial da personalidade do agente, desde que tal condenação seja diversa da utilizada para configurar os maus antecedentes ou a reincidência.

Neste ponto cabe salientar que, segundo o doutrinador Cleber Masson, a circunstância judicial da personalidade do agente “é o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais”.

(...)

Ora, é inegável que a existência de múltiplas condenações transitadas em julgado, oriundas de fatos distintos, denotam a periculosidade do agente e a menor sensibilidade ético-moral do mesmo, justificando, assim, a negativação do vetor personalidade.

Além disso, cumpre observar que, se os fatos desabonadores do histórico criminal do agente pudessem ser utilizados apenas para configurar maus antecedentes e reincidência, o indivíduo que possui uma condenação definitiva inapta a acarretar a reincidência seria igualado àquele que ostenta múltiplas condenações anteriores, o que viola o princípio da individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Portanto, conclui-se que deve ser mantido o posicionamento firmado na Sexta Turma desta Egrégia Corte Superior, no sentido de ser possível a exasperação da pena-base com fundamento em condenações anteriores transitadas em julgado também no que se refere à circunstância judicial da personalidade, vedado o bis in idem.

(e-STJ fls. 393/395 – destaques do original.)

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte opinou (e-STJ fls. 400/409) pelo desprovimento dos embargos de divergência, em parecer assim ementado:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PERSONALIDADE. AFERIÇÃO A PARTIR DE CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. NEGATIVAÇÃO POSSÍVEL. CARÁTER ORIENTAÇÃO PARA A ATIVIDADE CRIMINOSA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. EXIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA ISONOMIA. DESPROVIMENTO.

1. A existência de condenações anteriores transitadas em julgado autoriza a valoração negativa da personalidade, uma vez que é indicativa de indivíduo com caráter voltado para a prática criminosa, infenso ao cumprimento das regras morais e sociais que orientam a vida em comunidade. A desconsideração desse dado concreto e seguro importa ofensa aos princípios da isonomia e da individualização da pena.

2. Parecer pelo conhecimento e desprovemento dos embargos de divergência.

Após a inclusão do recurso em pauta, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro atravessou petição, em 29/03/2019, requerendo sua admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*.

Em decisão de 02/04/2019, publicada no Diário da Justiça eletrônico de 04/04/2019, indeferi o pedido (e-STJ fls. 425/432).

No dia seguinte à publicação, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pediu reconsideração (e-STJ fls. 440/450), argumentando, em síntese, que, “não obstante a Constituição da República haja previsto que o Ministério Público é uno e indivisível (artigo 127, § 1º), encampou-se a unidade com inclusão da variedade, de modo a garantir que cada qual (Ministério Público da União e cada Ministério Público Estadual) atue dentro de sua esfera de atribuições” (e-STJ fl. 444) e que, a par de não acarretar atraso na prestação jurisdicional, nem tampouco tumulto processual, “A utilidade da participação do MPRJ no feito consiste nos argumentos e fundamentos para a manutenção do entendimento da Sexta Turma desse E. STJ, que necessariamente não são os mesmos do MPMS, tampouco do MPF” (e-STJ fl. 450).

No mais, pugna pela prevalência do entendimento esposado no acórdão embargado, no sentido de que ostentando o réu múltiplas condenações anteriores definitivas, é possível o uso de uma delas na valoração negativa do vetor personalidade.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.311.636 - MS (2018/0147803-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Da preliminar de intervenção no feito como *amicus curiae*

Em que pesem os argumentos postos no pedido de reconsideração, tenho que não tiveram o condão de abalar os fundamentos da decisão na qual indeferi o pedido do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro de intervenção no feito na qualidade de *amicus curiae*.

Como já havia pontuado anteriormente, antes da regulamentação específica desse tipo de intervenção trazida pelo novo Código de Processo Civil, o instituto já possuía destaque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em virtude dos julgamentos realizados em controle concentrado de constitucionalidade. De fato, a Lei n. 9.868/1999 (Lei da ADI e da ADC), em seus arts. art. 7, § 2º, e 20, § 1º; e a Lei n. 9.882/1999 (ADPF), em seu art. 5º, § 2º, já autorizava, nos referidos julgamentos, a "manifestação de outros órgãos ou entidades", que passam a atuar como verdadeiros amigos da Corte.

Posteriormente, a Lei 11.418/2006 incluiu o art. 543-A no Código de Processo Civil/1973, que tratava da repercussão geral em recurso extraordinário. Referido artigo previa a possibilidade de manifestação de terceiros exclusivamente na análise da existência, ou não, de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Podem ser mencionadas também outras leis esparsas que preveem hipóteses de intervenção com regime jurídico pelo menos similar ao do *amicus curiae*, na medida em que permitem a colaboração processual de um terceiro sem que a ele sejam atribuídos quaisquer direitos processuais de parte: art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial); Lei 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais); art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 (Súmula Vinculante); art. 118 da 2011 (CADE); art. 896-C, § 8º, da CLT, acrescido pela (recursos de revista repetitivos).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O novo Código de Processo Civil disciplinou o tema no art. 138, inserindo-o no título relativo à intervenção de terceiros.

Referido artigo, assim dispõe:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Além da autorização geral trazida no art. 138, consta ainda autorização de intervenção do *amicus curiae* nas hipóteses específicas dos arts. 927, § 2º (alteração de entendimento sumulado ou adotado em julgamento por amostragem); 950, § 3º (incidente de arguição de inconstitucionalidade), 983, § 1º (incidente de resolução de demandas repetitivas), 1.035, § 4º (repercussão geral), e 1.038, inciso I (recursos especiais e extraordinários repetitivos), todos do Código de Processo Civil/2015.

Vê-se, assim, que a forma de intervenção em questão aparece, no ordenamento jurídico nacional, inicialmente, no contexto de processos objetivos (ADI, ADC e ADPF) e, mais tarde, avança para sua admissão, também, em processo subjetivo ao qual é emprestado o efeito da repercussão geral.

Hoje em dia, entretanto, parte da doutrina defende se tratar de modalidade interventiva admissível, em tese, em todas as formas processuais e tipos de procedimento, ainda que neles se vede genericamente a intervenção de terceiros, tais como o juizado especial e o mandado de segurança, em qualquer fase processual ou grau de jurisdição.

Como exceção a essa tese, tanto a jurisprudência desta Corte quanto a do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal têm reputado inadmissível a intervenção de terceiros no *habeas corpus*, seja na condição de *amicus curiae* ou como assistente de acusação, por se tratar de ação constitucional que objetiva garantir a liberdade de locomoção dos pacientes. Nesse sentido: HC 411.123/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 22/06/2018; RHC 86.758/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017; AgRg na PET no HC 340.001/AP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017.

A sua admissão no processo é pautada na sua aptidão de contribuir. Assim, apenas reflexamente a fase processual é relevante: será descartada a intervenção se, naquele momento, a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais nenhuma relevância.

O *amicus curiae* é um verdadeiro colaborador da justiça, cuja intervenção se justifica na necessidade de se abrir o diálogo jurídico à sociedade, haja vista a existência de questões que ultrapassam os interesses meramente das partes. Possibilita-se, outrossim, o debate não apenas jurídico, mas também metajurídico, qualificando-se as informações dos autos, a fim de contribuir para decisões com maior legitimidade democrática, por meio de um processo cooperativo.

Tem-se, assim, que a admissão do *amicus curiae* objetiva não apenas pluralizar o debate judicial, por meio da ampliação do rol dos seus intérpretes, mas principalmente aprimorar a qualidade e legitimidade das decisões, que passam a contar com um maior número de argumentos não apenas jurídicos. De fato, "suas origens remontam àqueles que procuravam impedir que o juiz cometesse um erro grave ao julgar um caso ignorando elementos relevantes, como fraudes outros afetados pela decisão (Krislov, 1963, p. 694)". (ALMEIDA, Eloísa Machado de. Do *amicus curiae*. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coordenadores). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 208).

Segundo Felipe Augusto de Toledo Moreira:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A ideia por trás do instituto é relativamente simples, qual seja: se determinada decisão irá atingir toda a coletividade, nada melhor que sejam admitidas em contraditório as pessoas, físicas ou jurídicas, que carreguem adequada representatividade para contribuir e trazer elementos informativos para a prolação de uma melhor decisão.

(MOREIRA, Felipe Augusto de Toledo. Amicus Curiae. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Temas Essenciais do Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 137/138).

Diante do disposto no art. 138 do novo Código de Processo Civil, tem-se que o amigo da corte pode intervir no processo, **desde que o juiz verifique que a sua atuação será útil para o deslinde da controvérsia.**

Portanto, o magistrado é livre para decidir, de forma fundamentada, acerca da conveniência ou não da intervenção do *amicus curiae*.

Deve se aferir, ainda, "a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia". A relevância diz respeito à possibilidade de a matéria transcender o interesse das partes, a especificidade guarda relação com a complexidade do tema e a repercussão social se relaciona com a polêmica que cerca a matéria.

Por sua vez, a complexidade da matéria justificadora da participação do *amicus* tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica.

Já a importância transcendente da causa pode decorrer tanto do seu aspecto qualitativo ("relevância da matéria") quanto do quantitativo ("repercussão social da controvérsia"). Por vezes, a solução da causa tem repercussão que vai muito além do interesse das partes porque será direta ou indiretamente aplicada a muitas outras pessoas (ações de controle direto, processos coletivos, incidentes de julgamento de questões repetitivas ou mesmo a simples formação de um precedente relevante etc.). Mas, em outras ocasiões, a dimensão *ultra partes* justificadora da intervenção do *amicus* estará presente em questões que, embora sem a tendência de reproduzir-se em uma significativa quantidade de litígios, versam sobre temas fundamentais para a ordem jurídica, como por exemplo questões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvendo direito à vida, liberdade religiosa, limites do direito à intimidade etc..

Ademais, deve ficar demonstrada a representatividade adequada do órgão ou entidade, isto é: "a relação entre o seu campo de atuação e a questão analisada no bojo do processo, demonstrando de forma cabal que possui interesses outros que não os meramente corporativos (interesse institucional) e que pode contribuir para construção de uma decisão mais acertada e legítima do ponto de vista democrático" (MOREIRA, Felipe Augusto de Toledo. *Amicus Curiae*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 136).

Deve-se ter em mente, igualmente, que o amigo da corte não é parte no processo, mas apenas um auxiliar do juízo, que opina no processo em virtude da pertinência de seus conhecimentos para resolução da controvérsia, aprimorando, dessarte, a tutela jurisdicional.

De fato, **o elemento essencial para admitir-se o terceiro como *amicus* é sua potencialidade de aportar elementos úteis para a solução do processo ou incidente**. Muito embora seja frequente que a existência de um interesse na questão discutida no processo faça do terceiro alguém especialmente qualificado para fornecer subsídios úteis, na opinião de Eduardo Talamini “a existência de interesse jurídico ou extrajurídico do terceiro na solução da causa não é um elemento relevante para a definição do cabimento de sua intervenção como *amicus curiae*”. (in “*Amicus curiae* – comentários aos art. 138 do CPC”, em *Breves comentários ao novo CPC* [orga. Teresa Wambier, F. Didier Jr., E. Talamini e B. Dantas], São Paulo, Ed. RT, 2015, p. 438-445).

Nesse contexto, embora se revele possível a intervenção do *amicus curiae* também no processo penal, por meio de aplicação analógica expressamente autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, deve-se analisar sua utilidade sem descurar da necessidade de manutenção da paridade de armas, sob pena de se agravar a situação processual do réu.

Discute-se, nos autos, se é possível a utilização de múltiplas condenações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transitadas em julgado não consideradas para efeito de caracterização da agravante de reincidência (art. 61, I, CP) como fundamento, também, para a exasperação da pena-base, na primeira fase da dosimetria (art. 59, CP), tanto na circunstância judicial “maus antecedentes”, quanto na que perquire de sua “personalidade”.

Embora se trate de tema relevante, não verifico utilidade na intervenção de outros Ministérios Públicos estaduais, uma vez que a instituição já se encontra suficientemente representada pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, que deu início à ação penal e figura como recorrido nos embargos de divergência, bem como pelo Ministério Público Federal, ambos com possibilidade de se manifestar nos autos e fazer uso da palavra por ocasião do julgamento. Isso sem contar que a instituição do Ministério Público é una. A meu ver, a admissão de outro órgão do *parquet* acarretaria verdadeiro atraso e tumulto processual sem que se verifique qualquer utilidade que o justifique.

Ressalto, inclusive, que o único argumento de mérito trazido pelo *parquet* carioca, em sua petição de fls. 415/523, versava sobre a desnecessidade de prova pericial para a aferição da personalidade na primeira fase da dosimetria, tema completamente dissociado daquele tratado neste recurso. De outro lado, no pedido de reconsideração, sua única contribuição foi a citação de precedentes desta Corte sobre o tema objeto de controvérsia, o que não configura argumentação inédita apta a trazer uma nova luz sobre a questão.

Nada impede o acompanhamento da questão pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em reforço à interpretação defendida pela acusação, mas sempre em colaboração com o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, ora recorrido.

No mesmo sentido desta decisão, confirmam-se, entre outros, os seguintes julgados: PET no REsp n. 1.563.962/RN, decisão publicada em 21/10/2016; REsp 1.563.167/SC, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, decisão publicada em 13/09/2017; PET no REsp 1.427.350, Rel. Min. JORGE MUSSI, decisão publicada em 14/08/2017.

Ante o exposto, **mantenho o indeferimento** da intervenção do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como *amicus curiae*, por ausência de utilidade no caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto.

Do mérito

Questiona-se nos autos se é possível a utilização de múltiplas condenações transitadas em julgado não consideradas para efeito de caracterização da agravante de reincidência (art. 61, I, CP) como fundamento, também, para a exasperação da pena-base, na primeira fase da dosimetria (art. 59, CP), tanto na circunstância judicial “maus antecedentes” quanto na que perquire sua “personalidade”.

Defende o embargante que tais antecedentes criminais somente poderiam justificar o aumento da pena na primeira fase da dosimetria se considerados como maus antecedentes.

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 negativar mais de um vetor do art. 59 do Código Penal, o que constituiria *bis in idem*.

Nesse sentido, vinha se orientando a jurisprudência da Quinta Turma como se vê, entre outros, nos seguintes julgados: HC n. 350.772/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 3/11/2016; HC n. 360.588/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017; AgRg no AREsp 989.635/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017; HC n. 309.114/SP, Rel. Ministro REYNALDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016; HC 350.580/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016; e HC n. 369.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016.

Por sua vez, julgando na mesma linha, os seguintes precedentes da Sexta Turma: HC 331.341/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, em 15/12/2015, DJe 01/02/2016; HC n. 238.076/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016; HC 324.443/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 3/9/2015; HC n. 365.803/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 4/10/2016, DJe 4/11/2016.

Mesmo o Supremo Tribunal Federal possui precedente no qual admite seja valorada negativamente a circunstância judicial da personalidade, quando, em razão de registros criminais anteriores, possa se extrair ser o réu pessoa *desrespeitadora dos valores jurídico-criminais*. É o seguinte o julgado ao qual me refiro:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO RECORRENTE. INOCORRÊNCIA. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DO ART. 59 DO CP. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há nenhum vício a justificar o redimensionamento da pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que a circunstância judicial da personalidade foi avaliada segundo os parâmetros da razoabilidade em face da elevada perversidade sexual do recorrente. Os registros criminais anteriores, um inclusive, com trânsito em julgado, além de configuradores de maus antecedentes, apontam para uma personalidade desrespeitadora dos valores jurídico-criminais. Doutrina.

2. Não é cabível, na via estreita do habeas corpus, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. O que está autorizado é apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Recurso improvido.

(RHC 116.011, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 06/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013) – negritei.

Consta da fundamentação do voto condutor do RHC 116.011 que o agravamento da pena decorre do **modo de ser do acusado, evidenciado pelos diversos registros criminais anteriores**, quando **garde nexos causal com a prática delituosa, apontando para uma personalidade desrespeitosa dos valores da sociedade**, conforme demonstra o seguinte trecho:

Vê-se, pois, que não há nenhum vício a justificar o redimensionamento da pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que a circunstância judicial da personalidade foi avaliada segundo os parâmetros da razoabilidade em face da elevada perversidade sexual do recorrente. Os registros criminais pela prática de crimes sexuais (= um inquérito policial em curso, duas ações penais que tramitam no mesmo juízo de origem e uma condenação com trânsito em julgado), além de configuradores de maus antecedentes, apontam para uma personalidade desrespeitadora dos valores jurídico-criminais que fundamenta a agravação da pena. Até mesmo para evitar a padronização da pena (CF, art. 5º, XLVI), é justificável levar em consideração o modo de ser do acusado nas hipóteses em que o aspecto considerado negativo guarde nexos causal com a prática delituosa, como é o caso (cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175).

Registre-se, ademais, que não houve a utilização de circunstâncias que seriam elementares do crime, como afirma o recorrente. Personalidade desviada para a prática reiterada de crimes sexuais não constitui elemento do tipo penal então previsto no art. 214 do Código Penal.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).

Ao analisar o conceito de **conduta social**, a doutrina assim se expressa:

É natural que a simples leitura da folha de antecedentes não se presta para afirmar ser a conduta do acusado boa ou ruim. Mesmo no caso de existirem registros variados de inquéritos arquivados, processos em andamento ou absolvições por falta de provas, há ausência de substrato concreto para deduzir ser o réu pessoa de má conduta social. Afinal, antes de mais nada, prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência. Se ele não foi condenado criminalmente, com trânsito em julgado, é considerado inocente e tal estado não pode produzir nenhuma medida penal concreta contra seu interesse. Entretanto, conforme o caso, tanto a acusação, como o próprio juiz, podem valer-se da folha de antecedentes para levantar dados suficientes, que permitam arrolar pessoas com conhecimento da efetiva conduta social do acusado. Lembremos que conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora.

(in Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 15ª edição, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 454).

“Conduta social é o conjunto de relacionamentos (comportamentos); é a convivência do réu no meio familiar, social, cultural e laboral. Nessa linha, explicita-se que a vida, como atividade vital, consiste em utilizar e transformar energia que o ser vivo toma do mundo exterior para continuar vivendo, para existir como ser humano. Mas este aspecto biológico não é o bastante. O homem é um ser social, cultural e histórico que interage com os seus semelhantes por meio de processos psicológicos e sociais, recebe uma educação e desempenha um papel em sua comunidade. É a sua coexistência livre em sociedade. Há que se levar em consideração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que um indivíduo pode ter ou não uma conduta social reprovável, independentemente de qualquer indicativo de ter ou não já sido responsabilizado penalmente, tampouco questões que sejam constitutivas do tipo delitivo podem ser aventadas a ponto de contribuir para a valoração negativa da conduta social do agente”

(in Prado, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral: volume 3, São Paulo: Editora RT, 2014. p. 59).

"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 recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor"

(in Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1, 15ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 665-666).

Já no que se refere aos elementos que constituem a **personalidade do agente, diferenciando-os dos elementos que caracterizam os antecedentes criminais**, a doutrina assim se expressa:

Afinal, personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada, no contexto do art. 59, separadamente. Por isso, é imprescindível cercar-se o juiz de outras fontes, tais como testemunhas, documentos etc., demonstrativos de como age o acusado na sua vida em geral, independentemente de acusações no âmbito penal. Somente após, obtidos os dados, pode-se utilizar o elemento personalidade para fixar a pena justa. (in Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 15ª edição, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 455).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIREÇÃO PERIGOSA. DOSIMETRIA. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECOTE DA REFERIDA VETORIAL. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA REPRIMENDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- (...).

- *O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68, do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59, do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente. A revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.*

- *A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.*

- *As condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base, a título de valoração negativa da conduta social e personalidade, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes, na primeira fase da calibragem, se o caso.*

- *Na hipótese, deve ser afastada a vetorial da personalidade da dosimetria das penas do paciente relativa a ambos os delitos pelos quais resultou condenado.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Habeas corpus não conhecido.*

- *Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente ao novo montante de 1 ano, 8 meses e 16 dias de detenção, 20 dias-multa, e suspensão ou proibição de obtenção de habilitação para dirigir veículo automotor, pelo período de 5 meses, mantidos os demais termos da condenação.*

(HC 480.726/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 01/03/2019) – negritei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DAS PENA-BASES. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE NEGATIVADAS. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL. PRIMEIRO PACIENTE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. SEGUNDO PACIENTE. SANÇÃO PENAL IGUAL A 8 ANOS. MAUS ANTECEDENTES. MODO FECHADO ADEQUADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. (...).

2. **A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu ser 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). Manifesta ilegalidade verificada.**

(...)

5. *Embora a pena de JOHN LENON tenha sido estabelecida em 8 anos de reclusão, o modo fechado mostra-se suficiente e adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva, diante do registro de maus antecedentes, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.*

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases dos delitos de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico, ficando a sanção final de RENATO em 9 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 1.399 dias-multa e de JOHN LENON em 8 anos de reclusão e pagamento de 1.200 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.*

(HC 445.772/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018) - negritei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM FUNÇÃO DA PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES EM FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. VETORIAL DECOTADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

De acordo com o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a circunstância judicial referente a personalidade do agente não pode ser apreciada com base em folha de antecedentes. "A Quinta Turma 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, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 5/4/2017).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.721.920/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

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, nos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de "condenação transitada em julgado por fato anterior".

2. Filio-me ao entendimento segundo o qual a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime.

3. A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem.

4. O legislador conferiu ao julgador maior discricionariedade - mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais - ao não prever um quantum mínimo ou máximo para a exasperação da pena-base. Cabe à prudência do (da) Magistrado (a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto.

5. Com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda. Precedentes.

6. Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, ficando a pena final quantificada em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

(HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019) – negritei.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTO INIDÔNICO. SUPORTE EM CONDENAÇÕES ANTERIORES. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. PREVALÊNCIA DO VOTO DO RELATOR, OUTRORA VENCIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

1. Na análise das circunstâncias judiciais, assim se pronunciou o Magistrado singular: *quanto à conduta social do réu, a condenação transitada em julgado de fl. 107 revela que o mesmo tem dificuldade em obedecer às regras de convívio social e faz do crime um meio de vida, comportamento que se constitui uma mácula do indivíduo em meio à sociedade em que vive.*

2. No voto condutor do acórdão da apelação, constam os seguintes fundamentos: *quanto à valoração negativa da conduta social, o fato de reiterar na prática delitiva (fl. 107) demonstra,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientemente, o desajuste de comportamento do réu junto à comunidade em que inserido, especialmente porque tal comportamento não foi avaliado com base nos mesmos fundamentos fáticos empregados pelo Magistrado para demonstrar que se trata de acusado com maus antecedentes.

3. A conduta social retrata a avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Assim, a valoração negativa da vetorial conduta social com base em condenações definitivas por fatos anteriores é ilegal, pois estas se prestariam ao sopesamento negativo da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Isso porque a Lei n. 7.209, de 1984, a par do vetor antecedentes, inseriu a circunstância judicial da conduta social no caput do art. 59 do CP, o que impõe regramento próprio diante da diversidade na base fática (HC n. 457.039/SC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 7/11/2018).

4. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior passou a entender que as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, afastando a valoração negativa da conduta social e da personalidade do réu, na primeira fase da dosimetria da pena. Precedente. (AgRg no HC n. 377.016/SC, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 14/12/2018).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.781.659/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019) – negritei.

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

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. FUNDAMENTO PARA DESVALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INADEQUADA.

1. A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência.

2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria.

3. Recurso ordinário em habeas corpus provido"

(RHC n. 130.132/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/5/2016, DJe de 24/5/2016).

"Habeas Corpus. 2. Homicídio qualificado, art. 121, § 2º, IV, CP. 3. Dosimetria da pena. 4. Fixação da pena base. (...) 7. Caracteriza bis in idem valorar negativamente as circunstâncias do crime quando já configuram qualificadora, as consequências delitivas quando elemento do próprio tipo penal, como é a morte para o homicídio e a conduta social usando dos antecedentes do sentenciado, visto que já utilizados para aumentar a pena sob outra rubrica. 8. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida"

(HC n. 121.758/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 2/2/2015).

No caso concreto, o que se vê é que a sentença condenou o ora recorrente, por ter agredido e ameaçado sua própria irmã, no dia 1º/04/2014, como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de detenção, e, pela prática do crime previsto no art. 147, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, ambas em regime inicial semiaberto (fls. 142/152).

Foram esses os fundamentos utilizados pelo Magistrado de primeiro grau na dosimetria:

Artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal

A culpabilidade do réu é de ser tida por normal, sem elemento maior a exigir a elevação da pena base.

No que se refere aos antecedentes criminais do acusado, há registro de sentença condenatória com trânsito em julgado nos autos nº 130/1990 (fls. 55/56), o que deve ser considerado em seu desfavor.

Quanto à personalidade do réu, deve ser destacado que as folhas de antecedentes criminais demonstram tratar-se de pessoa voltada à prática delitiva, posto possuir diversas condenações criminais que não caracterizam reincidência, como a proferida nos autos nº 028/1993 (fls. 57/58).

Em relação à conduta social, circunstâncias, consequências e motivos do crime em análise, como também contribuição da vítima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a ocorrência do crime, faltam elementos para análise.

Desta forma, considerando-se os requisitos constantes do art. 59 do Código Penal, retro comentados, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano de detenção, pois compenso a atenuante da confissão, prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, com a agravante da reincidência, prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, não havendo causas de diminuição e de aumento de pena a serem reconhecidas.

O regime de cumprimento de pena será o semiaberto, considerando-se ser o réu reincidente.

O acusado não tem direito ao benefício da substituição da pena, pois, apesar de inferior a quatro anos, o delito foi perpetrado mediante violência, encontrando-se óbice no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Demais disso, o art. 17 da Lei 11.340/2006, de redação mais do que precária, veda ao autor de violência doméstica o benefício da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, assentando que "É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa".

(...)

Artigo 147, caput, do Código Penal.

A culpabilidade do réu é de ser tida por normal, sem elemento maior a exigir a elevação da pena base.

No que se refere aos antecedentes criminais do acusado, há registro de sentença condenatória com trânsito em julgado nos autos nº 130/1990 (fls. 55/56), o que deve ser considerado em seu desfavor.

Quanto à personalidade do réu, deve ser destacado que as folhas de antecedentes criminais demonstram tratar-se de pessoa voltada à prática delitiva, posto possuir diversas condenações criminais que não caracterizam reincidência, como a proferida nos autos nº 028/1993 (fls. 57/58).

Em relação à conduta social, circunstâncias, consequências e motivos do crime em análise, como também contribuição da vítima para a ocorrência do crime, faltam elementos para análise.

Desta forma, considerando-se os requisitos constantes do art. 59 do Código Penal, retro comentados, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 02 (dois) meses de detenção.

Compenso a atenuante da confissão, prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, com a agravante da reincidência, prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, como agravante, incide a previsão do artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal e, com base nele, elevo a pena do réu em 10 (dez) dias de detenção, estabelecendo a reprimenda em 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, tornando-a definitiva neste patamar, pois não há causas de diminuição e de aumento de pena a serem consideradas.

O regime de cumprimento de pena será o semiaberto, considerando-se ser o réu reincidente.

O acusado não tem direito ao benefício da substituição da pena, ante a restrição do o artigo 17 da Lei 11.340/2006, como também o entendimento estabelecido na Súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça.

Em decorrência do concurso material de crimes, deverá ser feito o somatório das reprimendas, conforme previsto no artigo 69 do Código Penal.

O réu não faz jus ao benefício da suspensão condicional da pena, tendo em vista ser reincidente em crime doloso, conforme restrição do artigo 77, inciso I, do Código Penal.

Vê-se, assim, que a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, nos dois delitos, sua personalidade com base em condenações criminais transitadas em julgado.

Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanesce ainda, em ambos os delitos, a vetorial “antecedentes criminais”, o que justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

No que toca à pena-base do art. 129, § 9º, do Código Penal, extirpada a circunstância “personalidade” e mantido apenas o desvalor dos “antecedentes criminais” do réu, reduzo-a para o patamar de 8 (oito) meses de detenção, mantendo, no mais, integralmente os critérios da sentença para a fixação da pena final e do regime prisional inicial.

Quanto à pena-base do art. 147, *caput*, do Código Penal, extirpada a circunstância “personalidade” e mantido apenas o desvalor dos “antecedentes criminais” do réu, reduzo-a para o patamar de 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, mantendo, no mais, integralmente os critérios da sentença para a fixação da pena final e do regime prisional inicial. Mantida a agravante do art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, que justificou a elevação da pena em 10 (dez) dias de detenção, a pena final atribuída ao delito de ameaça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corresponde a um mês e 25 (vinte e cinco dias).

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, conhecer de seu agravo e dar provimento a seu recurso especial, reduzindo, as penas impostas ao recorrente na forma descrita neste voto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.311.636 - MS (2018/0147803-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
OUTRO NOME : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de serem utilizadas, como circunstância judicial negativa da personalidade, na primeira fase da dosimetria da pena, as condenações transitadas em julgado não consideradas para fins de reincidência e maus antecedentes.

Cuida-se de embargos de divergência em agravo em recurso especial defensivo, visando a uniformização da jurisprudência das Turmas integrantes da Terceira Seção.

O relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, votou pelo provimento do recurso para excluir a valoração negativa da vetorial da personalidade, fundamentada em condenações transitadas em julgado, do qual peço vênia para divergir.

A fase da dosimetria da pena tem definição dos fatos pelo ordinário critério de valoração judicial da prova, não exigindo grau de certeza plena.

Houve época em que alguns julgadores buscaram exigir a realização de perícia no réu para aferir a personalidade como voltada à prática de crimes, o que foi afastado pela jurisprudência.

Com o devido respeito, vejo que estamos novamente caminhando para isso, porque, se o juiz não pode valorar antecedentes criminais transitados em julgado como tendência delitiva, o que ele vai levar em consideração? Perícia não se pode exigir porque esta não é uma fase de certeza, mas sim valoração pela prova dos autos. Então passa a ser extremamente difícil admitir o que poderia permitir a aferição de personalidade negativa, tendente ao crime...

Como poderá o magistrado, por exemplo, admitir tendências delitivas por brigas pessoais, condutas de desagregação, se agora dizemos que nem mesmo condenações transitadas em julgado serviriam a essa demonstração?

Assim faríamos com que de fato jamais se valorasse negativamente a vetorial personalidade.

Essa seria uma segunda vetorial do art. 59 do CP sem uso concreto, porque das oito vetoriais já se usa da conduta da vítima apenas para favorecer ao acusado. Assim, das oito vetoriais, duas nunca seriam negativas... Parece-me não ser a melhor interpretação da constitucional individualização da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Certamente não podem condenações prévias, transitadas em julgado, ser aferidas na conduta social (relação do agente em seu meio, no trabalho, na vida em sociedade...), mas nada impediria aferir crimes prévios - com certeza até jurídica, porque transitados em julgado - como demonstradores de tendência criminosa e, assim, para a individualizada elevação da pena-base.

Deste modo, com a devida venia, voto por negar provimento aos embargos de divergência em agravo em recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2018/0147803-7 PROCESSO ELETRÔNICO EAREsp 1.311.636 /
MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023747920148120101 0002374792014812010150001 1182014
2374792014812010150001

PAUTA: 10/04/2019

JULGADO: 10/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
OUTRO NOME : ALBERTO ALENCAR BRANDAO DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Lesão Corporal - Decorrente de Violência Doméstica

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, deu provimento ao recurso de embargos de divergência e manteve o indeferimento da intervenção do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como amicus curiae, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro que negava provimento aos embargos de divergência.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.