

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.183 - SP (2018/0338300-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : WELLINGTON ROCHA GOMES BERALDO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA -
SP279117
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por WELLINGTON ROCHA GOMES BERALDO contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c o art. 61, I, ambos do Código Penal, à pena de 3 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 30 dias-multa (e-STJ fls. 156/164).

Irresignada, apelou a defesa. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do réu para 2 anos de reclusão, além de 19 dias-multa, no menor valor legal, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 231):

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - Autoria e materialidade do ilícito bem demonstradas - Condenação devida - Delito de bagatela - Pequeno valor da res furtivae que não torna a conduta atípica - Crime impossível - Inocorrência - Meio utilizado pelo acusado que não era absolutamente inidôneo - Consumação aperfeiçoada - Pena -base, no entanto, mitigada - Necessidade - Regime prisional inicial fechado mantido - Réu com antecedente criminal e reincidente específico - Recurso parcialmente provido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Daí o presente recurso especial, no qual a defesa alegou, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos (e-STJ fl. 279):

A - Artigo 8, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 80 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 155, caput do Código Penal e artigo 386, III, do Código de Processo Penal, já que condenou o recorrente por fato que não constitui

infração penal;

B- Artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo 8, 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (devido processo legal substantivo), art. 59, II, artigo 61, I e 68 do Código Penal, diante da fração de aumento empregada para majorar a pena-base e a pena intermediária;

C- Artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo 8, 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (devido processo legal substantivo) e Art. 10, art. 33, §2º, "c" e §3º do Código Penal ao manter a fixação do regime fechado.

Contrarrrazões às e-STJ fls. 304/333.

Inadmitido pelo Tribunal de origem, o recurso subiu a esta Corte por meio de agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **provimento do agravo e pelo provimento parcial do recurso especial** (e-STJ fls. 371/382).

É, em síntese, o relatório.

Decido.

De início, verifico que a aventada divergência jurisprudencial não foi demonstrada nos termos exigidos pela legislação processual de regência. A mera transcrição de ementas não serve à comprovação do dissídio, sendo necessário o cotejo analítico entre os acórdãos recorridos e o paradigma com a efetiva confirmação da similitude dos casos confrontados. A propósito:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E NULIDADE DO ATO DE RECONHECIMENTO DE PESSOA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF.

[...]

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO NOS TERMOS ART. 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/73 E DO ART. 255 DO RISTJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. O conhecimento do recurso especial interposto pela alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, de acordo com os requisitos do art. 541, parágrafo único, do CPC/73 e do art. 255 do RISTJ.

2. Na espécie, deixou o recorrente de realizar o cotejo analítico

entre os acórdãos confrontados, evidenciando que foram adotadas soluções diversas em litígios semelhantes, sendo insuficiente a mera transcrição das ementas dos julgados apontados como paradigma.

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 729.869/RJ, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 07/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO DE TRECHOS DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS E PARADIGMA. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA-BASE EM 1/6. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. INVIABILIDADE. AGENTE MULTIRREINCENTE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

2. *O conhecimento do recurso especial pela divergência exige a transcrição dos trechos dos acórdãos impugnado e paradigma, evidenciando-se, de forma clara e objetiva, o suposto dissídio jurisprudencial. Diante disso, não é bastante, à realização do cotejo analítico, a simples transcrição de ementas ou votos - como ocorreu na espécie -, pois insuficiente para demonstrar a similitude fática entre o acórdão recorrido e o considerado mais adequado ou "padrão" (arts. 541, parágrafo único, do CPC e 1.029, § 1º, do NCPC).*

[...]

6. *Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.* (AgInt no REsp 1.475.151/SC, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016)

A respeito da aplicação do princípio da insignificância, verificam-se os fundamentos do acórdão recorrido (e-STJ fls. 232/233):

O argumento no sentido de que se trata de conduta atípica, já que caracterizado o chamado "crime de bagatela", eis que ínfimo o valor da res, incapaz de caracterizar violação patrimonial, feito pela defesa, não pode ser acolhido.

Em que pesem respeitáveis opiniões em contrário, tem-se que a lei já destina tratamento específico às hipóteses de violação patrimonial de pequeno valor, conforme se depreende do disposto no artigo 155, § 2º, do Código Penal.

Bem por isso, segundo ensinava Nelson Hungria, o juiz não pode "... fazer tabula rasa da lei, julgando, não pelo que esta ordena, mas pelo que, na sua opinião, deveria ordenar. Pode o magistrado...

interpretar a norma legal com a preocupação de realizar o que os alemães chamam o "direito justo", mas tal objetivo deve ser alcançado com a lei, e não contra a lei..., isto é, as leis não podem ser privadas de aplicação, sob o pretexto de serem inoportunas ou desacertadas. Não deve ser o juiz um aplicador automático do literalismo da lei, mas um revelador de todo o possível direito que nela se encerra, suprindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana. É-lhe vedado, entretanto, negar a lei" (Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I, Ed. Forense, 4a edição, p. 80).

Vale dizer, se a lei conceitua a conduta como criminosa independentemente do valor da coisa subtraída, não pode o Magistrado alterar o tratamento destinado ao agente autor do crime, sob pena de intrometer-se no processo legislativo, quando, ao contrário, é por todos sabido, incumbe ao Poder Judiciário fazer cumprir a norma, sem alterá-la segundo seu arbítrio.

De qualquer modo, a aplicação do princípio da insignificância, com a reiterada absolvição de agentes autores de pequenos furtos, acaba por estimular a prática constante de crimes dessa natureza, além de acarretar descrença na legislação penal, na medida em que gera um sentimento generalizado de impunidade ainda maior, simplesmente porque o objeto subtraído - muitas vezes em razão de o agente não ter oportunidade de subtrair outros objetos -, tem pouco valor.

Note-se, ainda, que os produtos que o réu subtraiu foram avaliados num total de R\$ 183,20 (cento e oitenta e três reais e vinte centavos), quantia esta que evidentemente não pode ser considerada insignificante.

Conforme a consagrada jurisprudência desta Corte, a aplicação do princípio da insignificância não depende unicamente do valor da coisa subtraída, ela demanda a verificação da presença concomitante de (1) mínima ofensividade da conduta do agente, (2) nenhuma periculosidade social da ação, (3) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (4) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Extrai-se dos autos que o réu, em 22 de agosto de 2016, subtraiu 8 (oito) frascos de Listerine, avaliados em R\$ 183,20 (cento e oitenta e três reais e vinte centavos), ou seja, valor correspondente a mais de 10% do salário mínimo vigente na época do crime (R\$ 880,00 – oitocentos e oitenta reais).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, se a *res furtiva* for igual ou superior a 10% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, a lesão jurídica não pode ser considerada ínfima:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, a fim de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004).

2. O valor do bem subtraído (dois rolos de tela de arame) não pode ser considerado ínfimo quando representa 22% do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo irrelevante a restituição da res, pois, do contrário, todo furto tentado seria materialmente atípico pela ausência de efetiva lesão ao patrimônio da vítima. Precedente do STF.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 341.505/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2016, DJe 15/2/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REGISTROS DE MAUS ANTECEDENTES. REITERAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE.

1. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de "certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009).

2. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtiva superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos.

3. No presente caso, o valor do bem subtraído (R\$ 79,90) - que ultrapassa 10% do salário mínimo vigente à época da prática delitiva (2013 - R\$ 678,00) - não pode ser considerado irrisório, razão pela qual não está preenchida condição essencial à aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela.

4. Ademais, o entendimento fixado pela instância ordinária está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração criminosa.

5. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 1.008.089/MG, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/12/2016, DJe 16/12/2016, grifei)

Denota-se, portanto, que, em razão do valor considerável da *res furtivae*, não há que se falar em atipicidade da conduta e em incidência do princípio da insignificância.

Anote-se, ainda, que "a restituição da *res furtiva* à vítima, na forma do entendimento consolidado desta Corte Superior, não constitui, isoladamente, motivo suficiente para a aplicação do princípio da insignificância" (AgInt no REsp n. 1.642.455/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017, grifei).

No mais, o recorrente alega que a pena teria sido duplamente agravada, ante um indevido reconhecimento simultâneo dos maus antecedentes, na primeira fase, e da reincidência, na segunda fase.

Pois bem. No caso, o Tribunal de origem readequou a pena do acusado, pronunciando-se nestes termos (e-STJ fls. 234/235):

A pena, no entanto, comporta redução.

Na primeira fase, o Magistrado a quo elevou a básica no dobro, considerando que "o histórico de vida do réu não o recomenda, demonstrando que se trata de indivíduo useiro e vezeiro no cometimento de diversas infrações. Neste sentido seu "modus operandi", ao se evadir do mercado com diversos produtos por dentro da calça, assim como os registros criminais de fls. 23/28, 84/93, 119/126, 129, bem como a condenação de fls. 136" (fls. 190).

No entanto, observo que somente a certidão de fls. 136 é apta a caracterizar antecedente criminal, eis que as folhas de antecedentes e certidões indicadas na r. decisão recorrida que justificaram essa majoração sequer comprovam a existência de outras condenações penais do réu, de modo que, a meu ver, não podem ser consideradas para exasperação da pena-base.

Assim, atento às demais circunstâncias judiciais, que não são desfavoráveis ao imputado, o qual agiu com dolo normal ao delito, que também não teve maiores consequências, reduzo a fração de aumento da pena para 1/3 (um terço), que se mostra mais razoável à espécie, perfazendo 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso legal.

Na etapa intermediária, conservo o aumento na fração de 1/2 (metade) pela sua reincidência (cf. certidão de fls. 135 e artigo 61,

inciso I, do Código Penal), que se mostra, no meu ponto de vista, mais adequada à espécie, em razão da condenação por delito da mesma espécie, resultando numa pena final para ele de 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, no patamar raso, à míngua de outras modificadoras.

Cumpre salientar, além disso, que tanto a reincidência como o antecedente criminal do réu merecem maior reprovabilidade, não havendo, pois, que se falar em bis in idem ou dupla valoração pelo mesmo fato, como também argumentado pela defesa, uma vez que se tratam de processos distintos, considerados para majorar a pena do acusado em etapas diversas da dosimetria penal.

De fato, nos moldes do enunciado n. 241 da Súmula desta Corte Superior, a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Nada obsta, porém, que, diante de diversas condenações definitivas pretéritas em desfavor do sentenciado, seja uma delas utilizada na primeira fase do cálculo da reprimenda, e a outra na segunda etapa da dosimetria, a título de reincidência, tal como realizado pelo Tribunal *a quo*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. POSTERIOR EXASPERAÇÃO DA PENA, NA SEGUNDA FASE, PELA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. INOCORRÊNCIA DO ALEGADO BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERSAS CONDENAÇÕES CONSIDERADAS A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da

ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Condenações definitivas pretéritas, decorrentes de fatos diversos, podem ser utilizadas tanto para valorar negativamente os antecedentes, na primeira fase da dosimetria, como para agravar a pena na segunda fase, pela reincidência, sem a configuração de bis in idem. Precedentes.

- No caso, o paciente possui diversas condenações transitadas em julgado, sendo uma considerada a título de reincidência, não havendo ilegalidade na utilização das demais na primeira fase, como maus antecedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas para 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e 38 dias-multa para o paciente Edson Cardoso de Souza; e 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa para o paciente Alexandre de Jesus Ramos, mantidos os demais termos da condenação. (HC 416.419/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 30/11/2017, grifei.)

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 1º, e § 2º, I DO CP). DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE ADMITIU A SUBTRAÇÃO, MAS NÃO A GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA. CONFISSÃO PARCIAL CONFIGURADA. CRIME COMPLEXO. SUBTRAÇÃO (FURTO) ASSOCIADA A OUTRA FIGURA TÍPICA (CONSTRANGIMENTO, AMEAÇA OU VIOLÊNCIA). COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser devida a utilização de condenações anteriores transitadas em julgados para justificar o incremento da pena-base e caracterizar a reincidência, desde que não se incorra em bis in idem, de modo que, presente mais de uma anotação pretérita definitiva, não há ilegalidade no aumento da reprimenda inicial e intermediária.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda do paciente a 8 anos e 4 meses de reclusão e 20 dias-multa. (HC 396.503/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifei.)

Assim, está correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes, pois presente outra condenação passada em julgado em desfavor do

recorrente, anterior à data do fato em análise, diferente da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

Por outro lado, não obstante os fundamentos serem idôneos quanto aos maus antecedentes, o *quantum* de 4 meses de aumento (considerando-se que a pena prevista para o delito do art. 155, *caput*, do CP é de reclusão, de um a quatro anos) é desproporcional e desarrazoado. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é a de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) para cada vetorial negativa, considerada no cálculo da pena-base, o que revela a necessidade de reparo no aresto recorrido. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base, o que revela a idoneidade e a consequente desnecessidade de qualquer reparo na decisão agravada.

2. Ao contrário do sustentado pelo agravante, no caso, não houve necessidade de incursão no acervo probatório dos autos, para se concluir pela violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal, uma vez que a situação fática já estava delineada no acórdão recorrido. Não há se falar, portanto, na incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 856.661/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 14 DA LEI 6.368/1976). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CULPABILIDADE ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. *O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.*

3. *Desse modo, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de discricionariedade vinculada, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódoxe normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.*

4. *Conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal violado, são inservíveis para fins de majoração da pena-base (HC 144.765/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).*

5. *Em atendimento ao princípio da proporcionalidade, quando presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima (HC 341.706/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).*

6. *Estabelecida a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento, no caso, deveu-se à existência de circunstância judicial desfavorável, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o 59, ambos do Código Penal.*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação. (HC 368.214/PA, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017, grifei.)*

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ELEMENTO PSÍQUICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO EXTERNO. INGESTÃO DE ÁLCOOL. EXCESSO DE VELOCIDADE. INDIFERENÇA ANTE O RESULTADO DANOSO. DOLO EVENTUAL RECONHECIDO. CONDENAÇÃO. PROVA JUDICIALIZADA. PENA-BASE. QUANTUM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. *O elemento psíquico do agente é extraído dos elementos e das circunstâncias do fato externo. Não há como afastar o decisum que reconheceu o dolo eventual em crime de homicídio na direção de veículo automotor, de forma fundamentada e com base nas provas dos autos, ao apontar sinais concretos do agir doloso, a saber, a ingestão de álcool, o excesso de velocidade e a indiferença do*

recorrente ante o resultado danoso.

2. A investigação conclusiva sobre a alegada ausência do elemento subjetivo do tipo demandaria incursão vertical sobre o extenso material probatório produzido sob o crivo do contraditório, vedada pela Súmula n. 7 do STJ.

3. Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de decreto condenatório fundado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial. Sem embargo, o magistrado pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual, ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo, exatamente como na espécie.

4. A morte prematura da vítima, que, aos 44 anos, deixou, especialmente, filhos órfãos, justifica a conclusão pela valoração negativa das consequências do delito.

5. Muito embora a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não seja uma operação aritmética, com pesos determinados a cada uma delas, extraídos de simples cálculo matemático, o patamar utilizado pelo Tribunal de origem está bem superior às balizas fomentadas por esta Corte, que admite o acréscimo em até 1/6 da pena-base para cada circunstância judicial desfavorável, salvo peculiaridade que justifique incremento maior.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reduzir a reprimenda imposta ao recorrente. (REsp 1358116/RN, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 10/10/2016, grifei.)

Em relação ao aumento da pena na segunda fase, em decorrência da reincidência, assim decidiu o Tribunal de origem (e-STJ fl. 235):

Na etapa intermediária, conservo o aumento na fração de 1/2 (metade) pela sua reincidência (cf. certidão de fls. 135 e artigo 61, inciso I, do Código Penal), que se mostra, no meu ponto de vista, mais adequada à espécie, em razão da condenação por delito da mesma espécie, resultando numa pena final para ele de 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, no patamar raso, à míngua de outras modificadoras. (Grifei.)

Nesse ponto, verifica-se que o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de que a multirreincidência ou a **reincidência específica** constituem justificativas idôneas para acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena.

A propósito, citam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO

MAJORADO. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR À 1/6 (UM SEXTO) NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a aplicação de fração superior à 1/6 (um sexto), pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas, exige motivação concreta e idônea.

III - Verifica-se que houve fundamentação idônea a lastrear o valor fracionário utilizado em patamar diverso à 1/6 (um sexto), em razão da reincidência específica ostentada pelo réu. Precedentes.

IV - O v. acórdão combatido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, inexistindo flagrante ilegalidade no aumento operado em patamar diverso à 1/6 (um sexto), em razão da reincidência específica ostentada pelo réu.

V - Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para restabelecer o aumento operado pelas instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/4 e fixar a pena definitiva do réu EMERSON GOMES em 8 (oito) e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Agravo regimental provido. (AgRg no HC 403.600/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. TERCEIRA FASE. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DOIS CRIMES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE, NESTA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico, fato que justifica o incremento da pena, em um terço, na segunda fase da dosimetria.

2. A descaracterização do concurso material entre os dois crimes cometidos demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidos nos autos, o que é vedado em sede de habeas corpus. Na espécie, o Tribunal de origem afirmou que os crimes foram praticados mediante mais de uma ação com desígnios

autônomos, conclusão que torna inviável, nesta via eleita, a aplicação do concurso formal.

3. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada. (HC 378.443/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXASPERAÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE, COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

4. No caso, apenas os maus antecedentes ensejam a exasperação da pena-base, pois os demais fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias são circunstâncias genéricas e abstratas, inerentes ao fato típico comum ou desprovidas de maior reprovabilidade. Assim, revela-se proporcional a fixação da pena-base em 1/6 acima do mínimo legal.

5. Predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a multireincidência constitui justificativa idônea para acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena.

6. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores.

7. Não obstante o paciente tenha sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a ponderação negativa das circunstâncias judiciais justificam a fixação do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente, mantido o regime inicial fechado. (HC 344.262/MG, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016)

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. LEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É razoável a fixação da pena-base do crime de roubo 8 meses acima do mínimo legal ante os maus antecedentes do réu, principalmente ante a reiteração no cometimento de crime de natureza patrimonial, com violência ou grave ameaça contra pessoa.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

3. Se a confissão do réu foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.

4. No julgamento do Resp n. 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, 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 art. 67 do Código Penal. A compensação, no entanto, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência.

5. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a reincidência específica do réu.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 anos de reclusão mais 12 dias-multa. (HC 258.693/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

Passo ao redimensionamento da reprimenda.

A pena-base deve ser fixada em **1 ano e 2 meses de reclusão, além de 11 dias-multa**, tendo em vista a negatização dos antecedentes no patamar de 1/6.

Na segunda fase, mantém-se a elevação da pena em 1/2 ante o reconhecimento da reincidência específica, ficando a pena estabelecida em **1 ano e 9 meses de reclusão, além de 16 dias-multa**. Essa pena é tornada definitiva na ausência de outras causas de modificação.

Por fim, quanto ao regime inicial fechado, extrai-se da acórdão recorrido a seguinte fundamentação para o seu estabelecimento (e-STJ fls. 235/236):

O regime inicial fechado era mesmo devido, único cabível ao caso concreto, porquanto o réu é comprovadamente reincidente (específico, como já dito), além de registrar antecedente criminal, a denotar maior periculosidade, posto que as condenações anteriores e definitivas não foram suficientes para frear seus impulsos antissociais, de modo a não autorizar a imposição de regime prisional mais brando (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal).

Verifica-se, assim, que, em relação ao regime inicial para o resgate da reprimenda, o Tribunal estadual consignou que, apesar de a reprimenda aplicada ser inferior a 4 anos de reclusão, a pena-base foi imposta acima do mínimo legal, tendo em vista a presença de uma circunstância judicial desfavorável e da agravante da reincidência.

O referido entendimento está de acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, considerando que as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis e o recorrente é reincidente, não sendo aplicado ao caso o enunciado 269 da Súmula desta Corte Superior. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO TRIPLAMENTE

QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. QUANTUM DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL FECHADO DEVIDAMENTE APLICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem. Assim, considerando que o réu ostentava diversas condenações transitadas em julgado à época dos fatos, tendo havido, portanto, valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.

4. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte reconhece o critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

5. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram ser cabível a redução da pena pela tentativa em 1/3 devido ao iter criminis percorrido, ressaltando que os pacientes foram localizados quando já haviam adentrado no estabelecimento comercial e cortado os 20 metros de fios de cobre que pretendiam subtrair, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita.

6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, é possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

7. Em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente, cuja pena-base foi

imposta acima do mínimo legal, não há falar em fixação do regime prisional aberto ou semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, 'b' e 'c', e § 3º, do Código Penal. Inteligência, a contrario sensu, da Súmula 269/STJ.

8. Writ não conhecido. (HC 422.519/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. LEGALIDADE. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES.

1. Não obstante a pena do réu tenha sido fixada em 2 anos, 3 meses e 22 dias, de reclusão, pela prática do crime de contrabando, o Magistrado sentenciante reconheceu que, além de reincidente, possui o réu maus antecedentes. Sendo assim, escorreita a fixação do regime fechado, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 425.901/MS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PENA IGUAL OU INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. REINCIDÊNCIA VALORADA NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.

I - Configurada a reincidência e aplicada pena igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá o condenado, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavorável qualquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

II - "Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos" (HC n.391.993/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/4/2017 - grifei).

Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 759.045/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

- *É cabível a adoção do regime prisional fechado aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 anos se desfavoráveis as circunstâncias judiciais. Inaplicabilidade do Enunciado n. 269 da Súmula do STJ.*

- *Habeas corpus não conhecido.* (HC 312.055/SP, relator Ministro ERICSON MARANHÃO DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 09/10/2015, grifei.)

Verifica-se, nesse ponto, que o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça.

Diante do exposto, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial** para fixar a pena definitiva do réu em **1 ano e 9 meses de reclusão, além de 16 dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator