AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.538 - SP (2018/0334318-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	MARIA JOSE DE BARROS SILVA
OUTRO NOME	:	MARIA JOSE DE BARROS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ANA CAROLINA CINTRA FRANCO - DEFENSORA PÚBLICA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que a agravante foi condenada pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal (furto qualificado), à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Irresignada, a defesa da agravante interpôs recurso de apelação aduzindo nulidade por falta de intimação e pugnando pela absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação para a modalidade tentada, a substituição da pena por restritiva de direitos e fixação de regime mais brando. O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso por acórdão assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - Farto qualificado pelo concurso de agentes - Artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal - Preliminar - Nulidade por falta de intimação da audiência de instrução. Inocorrência – Preliminar rejeitada - Absolvição – Impossibilidade - Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal - Autoria e Materialidade comprovadas – Palavra da vitima e do policial que atendeu a ocorrência - Validade - Relevância - Desclassificação para a modalidade tentada – Inadmissibilidade. Iter criminis percorrido integralmente - Pena - Dosimetria - Reprimenda aplicada de forma adequada - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ~ Nâo cabimento - Regime inicial fechado - Adequado à espécie - APELO NÃO PROVIDO.*

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados (fls. 333/340).

Em sede de recurso especial, a defesa aponta violação ao disposto nos arts. 59, *caput*, e IV, 33, §§ 2º e 3º, 44, *caput*, e I, II e III, todos do CP. Sustenta, em síntese, que ante a inexistência de condenação com trânsito em julgado não podia ser

negativamente valorado os antecedentes, devendo a pena-base ficar estipulada no mínimo legal, e, por conseguinte, alterado o regime de cumprimento da pena para o aberto. Afirma inexistir justificativa para a fixação de regime mais gravoso e estarem presentes os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade.

A r. decisão agravada inadmitiu o recurso especial, haja vista a incidência dos óbices das Súmulas n. 284 do STF e n. 7 do STJ.

Em agravo em recurso especial, a defesa alega que: *"o recurso especial contém: a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso; e as razões do pedido de reforma da decisão, consoante o artigo 26 da Lei 8.038/1990. Ademais, não se pretende, por meio do Recurso Especial, o reexame de prova, situação que esbarria na Súmula 07 deste Colendo Superior Tribunal de Justiça"* (fl. 383).

Contraminuta - fls. 390/393.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 404/408).

É o relatório. Decido.

Atendidos os requisitos de admissibilidade e impugnados os fundamentos da decisão agravada, conheço do agravo.

Passo à análise do recurso especial.

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, quanto à pena-base, a recorrente pretende que se alcance apenas o patamar mínimo em razão da inexistência de condenação com trânsito em julgado de forma a desvalorar seus antecedentes. Ocorre que o Tribunal de Justiça entendeu por manter a pena no patamar estipulado em razão não só dos antecedentes, mas na personalidade voltada para a deliquência e na audácia com que o delito foi perpetrado. Segue abaixo o trecho do aresto hostilizado e da sentença condenatória:

> *Atendendo as circunstâncias, as conseqüências do delito, a personalidade da acusada, antecedentes criminais, a audácia apresentada no momento dos fatos, o prejuízo da vítima, bem como os demais elementos norteadores djo art. 59 do Código Penal, fixo-lhes a pena em 02 (dois) anos de recljusão e 10 (dez) dias-multas no valor unitário mínimo legal, tendo em vista o preceito sancionador do art. 155, parágrafo 4°, inciso IV c.c.art. 49, parágrafos Iº e 2º e artigo 60, caput, todos do Código Penal. Não há que se falar em atenuantes inominadas,*

já que cumpriria a defesa indica-las, invertendo-se aqui o ônus da prova, logicamente, já que quem alega prova, seja para acusação seja para a defesa, na situação relatada. A acusada não é reincidente, entretanto, foi presa e condenada por trafico de drogas tendo cumprido a pena no ultimo dia 23 de fevereiro pp.. Converto a em definitiva por não encontrar circunstâncias modificadora aplicável. Não é plausível a aplicação do art. 44 e ou 76 e seg do estatuto penal, pois não emendaria a acusada, segundo as informações de sua folha de antecedentes tendo o crime como meio de vida. Desta forma, a pena será cumprida inicialmente em regime "semi-aberto".

A pena basilar foi fixada jusiificadamente em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, considerando as conseqüências e circunstâncias do delito, bem como a personalidade c antecedentes da acusada, concretizadas, assim, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso mínimo.

Incensurável, porquanto fixadas de acordo com o princípio da legalidade c pautadas por critérios de razoabilidade, pois como bem ponderou a Sentenciante: "Aponte-se que a denunciada posteriormente a estes fatos, foi condenada por crime de tráfico de drogas, esteve presa e cumpriu a pena, estando hoje em regime aberto. Como se não bastasse ostenta antecedentes criminais por outros delitos, tendo o crime como meio de vida" (fls. 174).

Demais disso, embora a ré seja tecnicamente primária, eis que possui condenações pendentes de julgamento c com condenação posterior aos fatos aqui tratados, é certo que possui personalidade voltada à prática de crimes, a demonstrar que a imposição da modalidade menos rigorosa seria insuficiente à reprovação do delito, ficando assim, mantida o regime inicial semiaberto fixado.

Pelo mesmo motivo, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto se trata de ré com contumácia delitiva, demonstrando que tal substituição não seria suficiente à prevenção e reprovação do delito (artigo 44, caput, inciso III, do Código Penal). Igualmente, não há que se cogitar em suspensão condicional da pena, pois não presentes os requisitos estabelecidos no artigo 77 do Código Penal.

A recorrente não impugna os demais fundamentos, o que, por si só, conduziria a aplicação do Enunciado n. 283 da Súmula do STF. Não é demais lembrar que o ponto específico do debate (inexistência de condenação com trânsito em julgado) sequer foi discutido na Corte originária, ainda que tenham sido opostos embargos de declaração, o que atrai também a incidência da Súmula n. 211 do STJ.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a instância ordinária, embora tenha estabelecido a pena corporal em 2 anos e 4 meses de reclusão, fixou o regime inicial

semiaberto, com base em elementos concretos, consoante se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 318/319):

> *Demais disso, embora a ré seja tecnicamente primária, eis que possui condenações pendentes de julgamento c com condenação posterior aos fatos aqui tratados, é certo que possui personalidade voltada à prática de crimes, a demonstrar que a imposição da modalidade menos rigorosa seria insuficiente à reprovação do delito, ficando assim, mantida o regime inicial semiaberto fixado.*

O posicionamento do Tribunal de Justiça não confronta a jurisprudência desta Corte. Confira-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TODAS FAVORÁVEIS. TEMA NÃO SUSCITADO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Teses omissas nas razões do recurso especial não podem ser conhecidas em sede de agravo regimental, por configurar inovação recursal.* ***2. Quando explicitado no acórdão impugnado que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão de uma circunstância judicial desfavorável, o regime semiaberto (mais rigoroso) é o cabível para o início do cumprimento da pena corporal, ainda que o quantum de reprimenda definitiva tenha sido fixada abaixo de 4 anos de reclusão, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, "b", do Código Penal.*** *3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1456157/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018 - Grifo Nosso).*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO E FALSA IDENTIDADE. PENA-BASE. CRIME COMETIDO DURANTE PERÍODO DE FUGA. MAIOR REPROVABILIDADE. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não se infere flagrante ilegalidade na apreciação da pena-base, pois o julgador ad quem não está vinculado ao nomem iuris atribuído à circunstância judicial, bastando que ele não se afaste da base fática utilizada pelas instâncias ordinárias, sendo pois plenamente possível a valoração da circunstância, ainda que sob título diverso, devendo ser respeitada, porém, as regras do non bis in idem e do non reformatio in pejus. No caso, é evidente a maior reprovabilidade do cometimento de novo crime enquanto o réu estava foragido do sistema prisional.* ***2. O regime***

> ***prisional semiaberto imposto ao réu é adequado, pois as circunstâncias do crime são desfavoráveis, nos termos do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal.*** *3. Agravo desprovido. (AgRg no HC 469.480/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018 - Grifo Nosso).*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. RECRUDESCIMENTO. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É certo que o mero prejuízo não tem o condão de justificar, por si só, o aumento da pena-base do crime de furto, por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonial. Todavia, quando a lesão se mostra expressiva, desbordando do prejuízo inerente ao delito praticado, configura motivação plenamente válida, apta a justificar o aumento da pena-base. 2. A fraude aplicada (clonagem de cartão de crédito), além de colocar em xeque a eficiência e a segurança do sistema bancário nacional, causou transtornos que transcenderam as próprias instituições bancárias (vítimas), envolvendo os titulares de cartões de crédito diretamente atingidos pelo golpe, de modo que justificada por meio de elementos concretos e idôneos o maior desvalor das circunstâncias do crime.* ***3. Embora o réu tenha sido condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, com a pena-base fixada acima do mínimo legal, o que autoriza a aplicação do regime inicial semiaberto, mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º e 59 do Código Penal.*** *4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 472.044/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018 - Grifo Nosso).*

Do mesmo modo, "a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Sodalício converge no sentido de considerar inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando presentes circunstâncias judiciais negativas (AgRg nos EAREsp 301.889/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 14/12/2018 - Grifo Nosso).

Diante do exposto, com fundamento no art. **932, inc. IV, alínea "a"**, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator