RECURSO ESPECIAL Nº 1.796.002 - MG (2019/0041955-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	MOISES ENEIAS VILELA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 155, 59 E 44, § 3º, TODOS DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. *RES FURTIVAE:* UMA BICICLETA AVALIADA EM R$ 100,00. BEM CUJO VALOR NÃO SE REVELA ÍNFIMO. REFERENCIAL ACIMA DE 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS. QUALIFICADORA DO CONCURSO DE PESSOAS. COMPORTAMENTO REPROVÁVEL. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. INIDONEIDADE PARCIAL DOS FUNDAMENTOS. CULPABILIDADE E MOTIVOS. GENÉRICOS. CONDUTA SOCIAL. SUPORTE EM CONDENAÇÕES ANTERIORES. EXCLUSÃO NECESSÁRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIORES AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A 3ª SEÇÃO DO STJ. REDIMENSIONAMENTO DAS REPRIMENDAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA DO RECORRENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. RECORRENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO E MEDIDA INSUFICIENTE À REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

Recurso especial provido em parte.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Moisés Eneias Vilela**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação n. 1.0694.09.051936-4/001.

Na sentença de fls. 199/208, o recorrente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto mais pagamento de 16 dias-multa, como incurso nas iras do art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 29, ambos do Código Penal.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 257/266).

O Tribunal mineiro negou provimento ao apelo defensivo (fls. 295/311):

> APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - AUTORIA E MATERIALIDADE - PROVA ADEQUADA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - PRIVILÉGIO - NÃO APLICAÇÃO - PENAS-BASE ADEQUADAS - SUBSTITUIÇÃO IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA. - O princípio da insignificância não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico. - Ao furto qualificado não se aplicam as benesses previstas no art. 155, § 2º, do Código Penal. - Bem analisadas as circunstâncias judiciais, pode a pena-base superar o mínimo legal. - Ao reincidente não é concedido o benefício da substituição da pena, por expressa vedação legal (CP - art. 44, § 3º). - A condenação em custas decorre de imposição legal (art. 804; do CPP), relegando-se à fase de execução eventual isenção. - Apelação não provida.

No presente recurso especial, é apontada a violação dos arts. 1º e 155, 59 e 44, § 3º, todos do Código Penal, sob as seguintes teses:

a) Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância.

Assevera que, *no presente caso, a conduta objeto da denúncia não possui nenhuma lesividade, constituindo relevante violação aos princípios norteadores do ordenamento jurídico considerar tal conduta típica, haja vista a inexistência de dano relevante.* [...] *Conforme consta do auto de avaliação de fl. 24 a res furtiva foi avaliada em R$100,00 (cem reais), valendo notar que a coisa foi restituída (fl.25), não havendo prejuízo pra a vítima, muito menos danosidade social de monta* (fl. 332).

b) Exasperação da pena-base. Valoração inidônea de circunstâncias judiciais.

Relata que, *por considerar desfavoráveis a culpabilidade, os antecedentes, os motivos e a conduta social do recorrente, o MM.Juiz "a quo" exasperou a pena-base em 02 (dois) meses acima do mínimo legal.* [...] *No âmbito da culpabilidade, o magistrado de primeira instância não apresentou motivação concreta que justificasse a elevação da pena -base acima do mínimo legal. O recorrente não extrapolou os limites próprios do tipo penal cometido, devendo tal circunstância judicial ser considerada em*

seu favor. [...] *Em que pese o entendimento do magistrado "a quo", não há elementos nos autos que caracterizem e comprovem que a conduta do réu no âmbito social, familiar, no trabalho e na vizinhança seja negativa para considerar essa circunstância judicial de modo desfavorável.* [...] *O magistrado "a quo" justificou a exasperação da pena -base em razão dos motivos, apresentando a seguinte fundamentação: "ganância por dinheiro fácil, com repulsa ao meio honesto pra obtê-lo".* [...] *Já com relação aos antecedentes, vale frisar que a definição do que sejam antecedentes criminais perpassa, necessariamente, pelo princípio constitucional do estado de inocência: Nesse sentido, vale citar a recente súmula do STJ, de n° 444: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."* (fls. 334/336).

c) Substituição da pena privativa de liberdade. Reincidência não específica.

Aduz que, *em que pese o entendimento do magistrado de primeira instância, confirmado pelos eminentes Desembargadores mineiros, a CAC de fls.117/119 revela que o réu não é reincidente específico, uma vez que o processo n° 69407035355-2, utilizado para o reconhecimento da agravante da reincidência, diz respeito à prática de delito previsto no art.180 do Código Penal.* [...] *Como cediço, a reincidência do réu, por si só, não obsta a concessão do benefício legal. Em se tratando de reincidência genérica, cabível a substituição pretendida, tendo em conta o disposto no 3º do mencionado art. 44 do CP §3°: "Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime."* (fl. 339).

Pede o conhecimento e o provimento do recurso, para que seja reformada a decisão do Tribunal *a quo* e o recorrente absolvido; subsidiariamente a redução da pena-base ao mínimo legal e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 346/353), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 361/364).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da insurgência (fls.

375/379).

> RESP. PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. ART. 155, § 4º, IV, DO CP. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. OFENSIVIDADE PENAL DA CONDUTA. REINCIDÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.
>
> - Aplicação do princípio da insignificância; furto de objeto avaliado em R$100,00 reais; réu possuidor de antecedentes criminais por crime contra o patrimônio; fato merecedor de tutela penal. Precedentes do STJ e STF;
> - Maus antecedentes: réu com condenação transitada em julgado (receptação);
> - Substituição: réu reincidente específico em crime contra o patrimônio (furto qualificado).
> - Parecer pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

a) Quanto à aludida violação dos arts. 1º e 155, ambos do Código Penal, razão não assiste ao recorrente.

Extraem-se da sentença e do combatido aresto os seguintes trechos (fls. 203/204 e 307/308 – grifo nosso):

> [...]
>
> **No que tange à tese das combativas defesas de aplicação, a hipótese dos autos, do princípio da insignificância, não merece prosperar, conforme se vê no julgado transcrito a seguir, que esclarece perfeitamente em que casos deve ser aplicada tal excludente de tipicidade, ressaltando-se, mais, que o produto do crime foi avaliado em R$ 100,00**. Vejamos:
>
> *"Na aplicação do princípio da insignificância, torna-se necessário observar a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, conforme entendimento firmado do STF. Assim, o furto de um vaporizador, um chapéu e um facão em horário de repouso noturno, não pode ser considerado penalmente irrelevante. Em tal conduta, não é mínima a ofensividade nem desprovida de periculosidade social, nem inexpressiva a lesão jurídica provocada. Para a incidência do princípio da insignificância, não é bastante apenas o valor da coisa subtraída. Precedentes citados do STF: HC 84412 -SP, DJ 02/08/2004; do STJ: HC 47105 -DF, DJ 10/04/2006; HC 47247 -MS, DJ 12/06/2006, HC 32882 -MS, DJ 14/06/2004." (STJ, RESP. 908.051 -RS, 6º turma, relator Ministro Hamilton Carvalido, julgado em 04/12/2007).*
>
> [...]
>
> O réu pretende, ainda, a absolvição pela aplicação do princípio da insignificância, entendendo ser de pouco valor a coisa subtraída.
>
> Sem embargo, tenho para mim que nosso ordenamento jurídico não acolheu a teoria da bagatela, não cumprindo ao Judiciário deixar de tutelar os bens expressamente destacados pelo legislador nos diplomas legais.
>
> **Se não há para o furto causa expressa a excluir a tipicidade por eventual**

> **pequeno valor da coisa, mister considerar o comportamento do réu como penalmente relevante, independentemente da importância da *res furtiva*.**
> [...]

A despeito de o bem furtado, u*ma bicicleta, marca Rally, cor prata, de 21 marchas* (fl. 199), ter sido recuperado, é forçoso anotar que a incidência do princípio da insignificância afigura-se inviável no caso em tela.

Com efeito, se o valor do bem furtado era equivalente a mais de 10% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, não se pode considerá-lo como inexpressivo, sendo descabida, por mais essa razão, a incidência do princípio da insignificância.

A propósito, colaciono recentes precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DA *RES FURTIVA* SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. AUSÊNCIA DA MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA**.
> **Não há dúvida de que a conduta em referência mostra-se incompatível com o princípio da insignificância, ante a expressividade do valor dos bens subtraídos - muito superior a 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos - não havendo que se falar em mínima ofensividade**.
> Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no REsp n. 1.744.802/MS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 10/8/2018 – grifo nosso).

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA**.
> 1. O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.
> 2. Não há como se aplicar o referido princípio, uma vez que, independente do valor da *res furtiva*, o agravante possui "condenação transitada em julgado, por fato anterior ao discutido nesse autos", circunstância que frustra o preenchimento dos retromencionados requisitos, notadamente o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e, consequentemente, a mínima ofensividade de sua conduta.
> 3. Ademais, **os bens subtraídos foram avaliados em R$ 129,32 (cento e vinte e nove reais e trinta e dois centavos), valor que não pode ser considerado insignificante, tendo em vista representar mais de 10% (dez por**

cento) do salário mínimo vigente à época do fato (R$ 724,00 - setecentos e vinte e quatro reais - Decreto n. 8.166/2013).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.275.793/MG, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 19/6/2018 – grifo nosso).

De mais a mais, na espécie, escorreita a manutenção da condenação, haja vista o reconhecimento, à fl. 203, da qualificadora do concurso de agentes, prevista no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DELITO DE TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PACIENTE REINCIDENTE E DETENTOR DE MAUS ANTECEDENTES. VALOR DOS OBJETOS QUE ULTRAPASSA 10% DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA.** ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. REGIME FECHADO CABÍVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269/STJ. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004).

- De maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial.

- ***"A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo ou concurso de agentes, caso dos autos, indica a especial reprovabilidade do comportamento e afasta a aplicação do princípio da insignificância"*** (HC 351.207/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

- Do mesmo modo, esta Quinta Turma reconhece que **o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso**.

- Na espécie, é inviável a aplicação do princípio da insignificância, pois, além do valor dos objetos ultrapassar, em muito, os 10% do valor do salário mínimo à época (dois skates avaliados no total de R$ 450,00), a reincidência e os maus antecedentes do paciente e o fato de o caso tratar de delito em sua forma qualificada, pois praticado mediante escalada, impedem a aplicação da bagatela. Precedentes.

> [...]
> - *Habeas corpus* não conhecido.
> (HC n. 382.898/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 27/3/2017 – grifo nosso).

Logo, tenho que a posição adotada pelas instâncias ordinárias, neste particular – inaplicabilidade do princípio da insignificância –, está em consonância com a jurisprudência cristalizada nesta Corte Superior de Justiça.

b) Quanto à aludida violação do art. 59 do Código Penal, parcial razão assiste ao recorrente.

Na análise das circunstâncias judiciais, assim dispôs a sentença condenatória (fls. 204/205 – grifo nosso):

> [...]
> **A CULPABILIDADE do acusado se fez presente em face da reprovabilidade de sua conduta, da censurabilidade de seu comportamento**.
> **Quanto aos ANTECEDENTES, possui condenação transitada em julgado após os fatos narrados na denúncia**.
> **Sua CONDUTA SOCIAL, voltada às práticas delitivas**.
> A PERSONALIDADE do agente é inferida por elementos hereditários e sócio-ambientais, i.e, porção herdada e porção adquirida. No caso em tela, o agente não teve oportunidades para se desenvolver na vida, não possuía emprego na época dos fatos. Verifica-se, portanto, que as oportunidades não foram favoráveis ao seu desenvolvimento social e cultural, devendo tal circunstância pesar favoravelmente em face do mesmo.
> **OS MOTIVOS se traduzem na ganância por dinheiro fácil, com repulsa ao meio honesto pra obtê-lo**.
> As CIRCUNSTÂNCIAS, nenhuma outra além das próprias do delito praticado.
> As CONSEQUÊNCIAS foram minoradas com a recuperação da *res.*
> Finalmente, o COMPORTAMENTO DA VÍTIMA em nada influenciou para a consumação do delito.
> **Sopesadas as circunstâncias acima, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa**.
> [...]

A Corte de origem, por sua vez, consignou as seguintes razões para a preservação da pena-base dosada pelo Juízo singular (fl. 310 – grifo nosso):

> [...]
> **As penas-base foram corretamente aplicadas na sentença primeva, devidamente justificado o aumento pelas circunstâncias judiciais analisadas, pelo que não há se fazer qualquer retificação**.
> Aliás, penso que o apelante fora beneficiado com uma pena tímida, eis que as circunstâncias judiciais foram, em sua maioria desfavoráveis a ele e a pena-base

> ficou apenas 2 meses acima no mínimo legal.
>
> Portanto, inviável a pretensão da Defesa de se reduzir a pena-base aplicada para o seu mínimo legal.
>
> [...]

Verifica-se que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentos idôneos e aptos a assegurar as negativações ofertadas à culpabilidade, aos motivos e à conduta social.

Quanto à culpabilidade – *reprovabilidade de sua conduta, da censurabilidade de seu comportamento* – e aos motivos – *se traduzem na ganância por dinheiro fácil, com repulsa ao meio honesto pra obtê-lo* –, tem-se que as razões colacionadas são genéricas, carentes de elementos atinentes ao caso em concreto que tivessem o condão de negativar tais circunstâncias.

Em referência à conduta social – *voltada às práticas delitivas* –, a negativação perpetrada está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, *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 – grifo nosso).

A corroborar:

> 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.
>
> [...]
>
> 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.
>
> [...]
>
> 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 n. 445.772/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 3/9/2018 – grifo nosso).

Em relação aos antecedentes – *possui condenação transitada em julgado após os fatos narrados na denúncia* –, verifica-se que a condenação criminal utilizada para negativar essa circunstância judicial embora dissesse respeito a fato anterior ao crime em julgamento, somente teve o seu trânsito em julgado em data posterior.

Com efeito, **a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que as condenações relativas a fatos ocorridos em período anterior ao crime em julgamento podem ser utilizadas para majorar a pena-base, desde que na data da prolação da sentença já tenha ocorrido o trânsito em julgado da condenação**.

A propósito, colaciono recentes precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 306 DO CTB. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO JULGADA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CONCRETIZAÇÃO DO RISCO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO COM DANOS MATERIAIS A BEM DE TERCEIROS. ELEMENTOS QUE EXTRAPOLAM O TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **MAUS ANTECEDENTES. FATOS ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL**. AUSÊNCIA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. EXASPERAÇÃO. QUANTUM DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. *SURSIS* PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. ORDEM DENEGADA.

[...]

4. **Configuram-se maus antecedentes se, na data da sentença, o paciente possuía condenação definitiva por delito anterior. A exigência de que o trânsito em julgado preceda o cometimento do crime atual é apenas para a caracterização da reincidência. Precedentes**.

5. Nos termos da Jurisprudência solidificada desta Corte, não há óbice à utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para fixação da pena-base acima do mínimo legal a título de maus antecedentes, conduta social ou personalidade, desde que se arrolem condenações distintas, sob pena de se incorrer em *bis in idem.* Na espécie, foi referenciada para fins de negativação da conduta social e personalidade a mesma condenação outrora empregada a título de maus antecedentes, sendo de rigor o decréscimo sancionatório.

6. Não há ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

7. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto, haja vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. De rigor, pois, a manutenção do regime inicial semiaberto.

8. Não obstante a presença dos limites objetivos previstos nos art. 44, I e 77, *caput*, do Código Penal, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis não se compagina com o disposto no art. 44, III e art. 77, II, do referido diploma legal.

9. Ordem parcialmente concedida, apenas para reduzir a reprimenda imposta à paciente ao patamar de 9 meses de detenção, mantidos os demais termos do édito condenatório.

(HC n. 419.100/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5/4/2018 – grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. **PENA-BASE. FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE**. EMPREGO DE ARMA. FACA. QUALIFICADORA. EXCLUSÃO. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. CONCESSÃO.

1. **Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não sirva para configurar reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado**.

2. Hipótese em que a majorante do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, deve ser afastada, uma vez que sobreveio ao acórdão impugnado alteração legislativa que suprimiu a previsão contida no dispositivo.

3. A atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/2018, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que "(...) arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao

> projétil", de acordo com o art. 3º, inciso XIII, do Decreto n. 3.665/2000.
> 4. Se a arma utilizada para praticar o crime foi uma "faca", forçosa a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus, aplicando-se a lei nova, mais benéfica ao acusado, em consonância com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, afastando-se o aumento de 1/3 aplicado na terceira fase do cálculo da pena.
> 5. Recurso provido, com concessão de *habeas corpus* de ofício.
> (REsp n. 1.711.015/RJ, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 31/8/2018 – grifo nosso).

Dessa forma, impõe-se a manutenção do desvalor concebido aos maus antecedentes do recorrente.

Diante da constatada violação ao art. 59 do Código Penal, passo ao necessário redimensionamento das penas privativa de liberdade e pecuniária do recorrente.

Em razão do afastamento da negativação dada às circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social e dos motivos do delito, preservado o desvalor dos antecedentes, reduz-se a pena-base, de 2 anos e 2 meses de reclusão, mais pagamento de 12 dias-multa (fl. 205) a 2 anos e 15 dias de reclusão, mais pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, preservo o acréscimo ofertado à pena intermediária, em face da constatada agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, conforme se verifica pela CAC de fls. 117/119, em 4 meses de reclusão e 4 dias-multa, totalizando a reprimenda de **2 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, mais pagamento de 14 dias-multa**, haja vista a carência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

c) No que se refere à violação do art. 44, § 3º, do Código Penal, tenho que melhor sorte não socorre ao recorrente.

Consta do combatido aresto ***não ser o caso de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, considerando que o réu é reincidente específico***. [...] *Logo,* ***a medida pretendida não se mostra adequada ao caso, não se revelando como suficiente à contenção do recorrente que utilizou da liberdade concedida em outro processo como oportunidade para a perpetração de novos ilícitos***. [...] Não se concedem medidas alternativas ao cárcere, quando há evidente possibilidade de nova

violação da ordem pública (fl. 310 – grifo nosso).

A Corte *a quo* justificou a negativa da substituição das penas pelo fato de o recorrente ser reincidente específico (Processo n. 69406034199-7, fl. 155), bem como em razão da medida não se mostrar socialmente recomendável, notadamente por não se revelar *suficiente à contenção do recorrente que utilizou da liberdade concedida em outro processo como oportunidade para a perpetração de novos ilícitos*.

Ora, de acordo com o § 3º do art. 44 do Código Penal: *se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.*

Realmente é cabível a substituição das penas nos casos de reincidência não específica e caso a medida seja recomendável, como afirma expressamente o referido texto legal.

Contudo, ***in casu*, o Tribunal de origem entendeu que a medida não é socialmente recomendável, nem suficiente para a prevenção e repressão do delito**.

Dessa maneira, a revisão desse entendimento demanda reapreciação de matéria fática, incabível na via especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Em face do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II e III, do RISTJ, dou **parcial provimento** ao recurso especial para, tão somente, afastar a negativação dos vetores judiciais da culpabilidade, da conduta social e dos motivos, redimensionando as penas privativa de liberdade e pecuniária do recorrente nos termos da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator