

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.238.511 - SP (2018/0014424-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : IENE DE PAULA OLIVEIRA
ADVOGADOS : OTÁVIO ALVES GARCIA - SP035442
ROGÉRIO AUGUSTO GONÇALVES - SP245508
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por IENE DE PAULA OLIVEIRA contra a decisão proferida no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu seu recurso especial fundado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal.

Depreende-se dos autos que a agravante foi condenada a 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime previsto no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, em razão da subtração de uma carteira e de cartões de crédito do interior da residência de dois idosos, na qual entrou simulando ser agente da prefeitura de controle de focos da doença dengue.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo da ré. Eis a respectiva ementa (e-STJ fl. 556):

FURTO QUALIFICADO - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

FURTO QUALIFICADO - PENA - AUMENTO INICIAL - ADMISSIBILIDADE - RÉ PORTADORA DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA - ELEMENTOS QUE DEVEM SER CONSIDERADOS QUANDO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - INTELIGÊNCIA DO ART. 59 DO CP - RECURSO NÃO PROVIDO.

Os embargos de declaração opostos contra esse acórdão foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, a recorrente sustentou negativa de vigência ao art. 63 do Código Penal. Apontou, também, dissídio jurisprudencial a

respeito da interpretação desse dispositivo. Alegou que a condenação criminal que ensejou a agravante da reincidência transitou em julgado após os fatos pelos quais foi condenada nesse processo. Sustentou, ainda, contrariedade ao art. 33, §§ 2º, alínea c, e 3º, ambos do Código Penal, bem como divergência na interpretação dessas normas. Aduziu que faz jus ao regime inicial aberto. Ao final, requereu a redução da pena e o estabelecimento do regime mais brando.

Contrarrazões às e-STJ fls. 621/630.

Inadmitido o apelo extremo, o recurso subiu a esta Corte por meio de agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 665/667).

É o relatório. Decido.

O acórdão recorrido manteve a agravante da reincidência, haja vista a existência de "*processo com condenação transitada em julgado*" (e-STJ fl. 569) "*comprovada nos autos através da certidão de fls. 157*" (e-STJ fl. 586).

Todavia, verificar a validade dessa condenação para fins de reincidência, tendo em vista o que foi delineado no acórdão recorrido, exigiria, necessariamente, a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7/STJ.

Assim, **conheço parcialmente** do recurso especial.

Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o acórdão recorrido destacou as condições judiciais desfavoráveis e a reincidência para justificar o regime fechado.

De fato, é cabível o regime fechado ao condenado quando a pena for igual ou menor que 4 anos, se desfavoráveis as condições judiciais e reincidente o réu.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. REDUÇÃO DO

AUMENTO DA PENA-BASE. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS INCABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Quanto ao meio prisional de desconto da pena, estabelecida a reprimenda-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de sanção corporal imposta ao réu. No caso, tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, e condenado à pena de 3 anos e 10 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime prisional inicialmente fechado.

5. O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". In concreto, o réu é reincidente e ostenta maus antecedentes, o que constitui óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 10 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor da sentença condenatória.

(HC 463.098/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018, grifei)

Logo, o recurso especial deve ser desprovido.

De qualquer forma, é certo que, "*verificada flagrante ilegalidade, deve ser concedido habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP*" (AgInt no REsp n. 1.582.669/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/3/2017, DJe 7/4/2017). É o caso dos autos.

A dosimetria da pena foi realizada na sentença condenatória da seguinte maneira (e-STJ fls. 498/499):

Na aplicação das penas, observa-se que o crime denota culpabilidade extremada, eis que atingiu pessoas pobres, que vivem de benefício previdenciário, com 83 e 94 anos de idade.

Além disso, possui a ré péssima conduta social, com vida voltada ao crime, como se vê nos seus diversos antecedentes (fls. 145,148,152, 154,157,159,161,163,165/165v,167/168,170,173,175, 196/197).

Esta verificação, aliada às demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, assim, impõe a fixação da pena base em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Não há qualquer circunstância atenuante. Existe, contudo, agravante da reincidência, aliás, específica, o que eleva a base em um terço, fls 157, chegando assim a 04 anos de reclusão e 20 dias multa.

Na terceira fase, não existem causas de aumento ou de diminuição aplicáveis, razão pela qual a pena aludida acima se torna definitiva.

O acórdão recorrido manteve incólume a quantificação da pena, consignando (e-STJ fls. 568/572):

A pena foi corretamente fixada, seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 60, do Código Penal, os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, considerando as circunstâncias do crime, que vitimou idosos com 83 e 94 anos de idade, pobres, que tiveram suas rendas comprometidas por meses. Além disso, a presença de duas qualificadoras, a extensa folha de antecedentes da ré, que indica conduta social extremamente reprovável e a personalidade voltada ao delito e a agravante da reincidência, não comportando alteração.

Observo que a fixação da pena-base acima do mínimo legal pelos maus antecedentes e a elevação posterior pela reincidência não caracteriza bis in idem, tendo em vista serem os fatores oriundos de situações distintas:

[...]

Como se pode observar, além do processo com condenação transitada em julgado, que foi considerada para fins de reincidência, há outros processos e inquéritos pelos quais Iene responde.

Ressalto nosso entendimento no sentido de que a existência de outros processos em andamento e inquéritos policiais não pode ser considerada para fins de reincidência, mas caracterizam maus antecedentes, indicadores da personalidade voltada ao delito, devendo ser sopesadas no estabelecimento da reprimenda. Assim, não há qualquer ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, nem mesmo violação à Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça, posto considerados com elementos que indicam a H culpabilidade negativa, conduta social reprovável e a personalidade voltada ao delito, demonstrando que a ré faz do crime seu modo de vida.

[...]

Adequado o regime inicial fechado, nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33, do Estatuto Repressivo, como medida necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime, tendo em vista os maus antecedentes e a reincidência específica da acusada que, como já mencionado comprovam a personalidade voltada ao delito, exigindo

maior rigor na penalização em atenção aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

Verifica-se que as instâncias ordinárias utilizaram inquéritos policiais e processos em andamento para aumentar a pena-base, contrariando a jurisprudência desta Corte pacificada na Súmula n. 444/STJ, segundo a qual *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 444/STJ. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa da conduta social e, por consectário, reduzir a pena aplicada ao paciente a 42 anos e 9 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 475.436/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018, grifei)

Logo, deve ser afastada a valoração negativa dos antecedentes criminais.

Além disso, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou de redução de pena em razão da incidência das agravantes e das atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

A propósito:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELAS ATENUANTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA ANALISADA NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ATENUANTES RECONHECIDAS NA ORIGEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO FIXADA APROXIMADAMENTE EM 1/10. DESPROPORCIONALIDADE. MODIFICADA PARA 1/6. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há falar em ausência de prequestionamento quando a matéria foi devidamente analisada pelo Tribunal de Justiça durante o julgamento dos embargos declaratórios, que, inclusive, afastou a redução da pena em 1/6 pelas atenuantes reconhecidas na origem.

2. Mostra-se claramente desproporcional a redução, na segunda fase da dosimetria, pelas atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa em aproximadamente 1/10, devendo, pois, ser aumentada a fração redutora para 1/6, quantum considerado razoável pela jurisprudência desta Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1687259/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018, grifei)

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBOS MAJORADOS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NEGATIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. MAJORANTES. ART. 654, § 2º, DO CPP. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 443/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE RECRUDESCIMENTO. CRITÉRIO OBJETIVO. NÚMERO DE INFRAÇÕES.

1. A culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime foram sopesadas em desfavor do paciente, sem que o Magistrado

sentenciante demonstrasse a existência de elementos concretos a justificar o recrudesimento da reprimenda. Ademais, o interesse em auferir vantagem econômica no crime de roubo configura elemento inerente ao próprio tipo penal e, por isso, inadmissível para justificar o recrudesimento da pena.

2. Quanto à segunda fase de aplicação da reprimenda, em razão da ausência de previsão no Código Penal do patamar de aumento ou de diminuição, a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que a fração de 1/6 para cada agravante ou atenuante atende ao critério da proporcionalidade.

3. Com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que autoriza a concessão de habeas corpus de ofício, deve ser reconhecida a existência de ilegalidade flagrante na terceira fase da fixação da reprimenda, pela prática dos delitos de roubo, tendo em vista o enunciado da Súmula 443/STJ, bem como na fração de aumento aplicada decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva, que deve atender ao critério objetivo referente ao número de infrações.

4. Ordem de habeas corpus concedida nos termos em que pleiteada e, presente ilegalidade manifesta, concedida, também, de ofício, a fim de redimensionar a pena do réu para 12 anos, 10 meses e 9 dias de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão proferido pelo Tribunal a quo.

(HC 269.768/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017, grifei)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. QUANTUM DE AUMENTO. AGRAVANTES GENÉRICAS. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

2. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

3. Mantida a incidência de duas agravantes (CP, art. 61, II, "d" e "h"), o aumento da pena em 2/6 é de rigor, não sendo razoável a redução do

aumento a 1/6, patamar cabível caso fosse reconhecida apenas uma circunstância legal desabonadora (Precedentes).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1221591/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018, grifei)

No caso em tela, não havendo razões que justifiquem aumento maior, recomenda-se adotar a fração de 1/6, nos termos da jurisprudência.

Sendo assim, desfavorável a circunstância judicial da culpabilidade, a pena-base deve ser fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão. Essa pena, aumentada na segunda fase em mais 1/6, deve ser estabelecida definitivamente em 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão.

No mais, ficam mantidos os demais termos da condenação, não havendo, inclusive, modificação no regime inicial de cumprimento de pena.

Ante o exposto, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Contudo, **concedo habeas corpus de ofício** para redimensionar a pena para 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, mantendo os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator