RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.675 - TO (2018/0202037-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	GILBERTO PINHEIRO DOS SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por GILBERTO PINHEIRO DOS SANTOS com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS – TJTO.

Consta dos autos que o recorrente, denunciado pela prática do delito tipificado no artigo 121, § 2º, II e IV, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal – CP (fls. 9/13), foi condenado em sentença desclassificatória pela prática do delito tipificado no art. 129, § 1º, I e II, do CP, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 152/153).

A defesa interpôs recurso de apelação que foi parcialmente provido para reconhecer a atenuante da menoridade penal e reduzir a pena para 2 anos e 10 meses de reclusão (fl. 220). O acórdão ficou assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - DIREITO PENAL - CONDENAÇÃO POR CRIME DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA - PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE MODULADORAS COMPUTADAS EM DESFAVOR DO APELANTE - FUNDAMENTAÇÃO IDONÊA - ELEMENTOS EXTRAÍDOS DOS AUTOS - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - CONFISSÃO QUE AGREGA TESE DEFENSIVA (LEGÍTIMA DEFESA) - CONFISSÃO QUALIFICADA - NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE - MENORIDADE - AGENTE QUE POSSUÍA MENOS DE 21 ANOS Á ÉPOCA DOS FATOS - INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 65,1, DO CPB - REGIME PRISIONAL MANTIDO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.*
>
> *1. - Não há que se falar em avaliação inidônea, ou genérica, quando denotar-se que o Magistrado ao proceder a dosimetria da pena, na sua 1ª Fase, negativou as moduladoras referentes a*

"circunstancias do crime" e "culpabilidade" acertadamente, extraindo sua convicção de elementos extraídos dos autos, e fundamentando satisfatoriamente a sua decisão em considerar desfavoráveis as referidas moduladoras. Não há, portanto que se falar em fundamentação genérica, ou inidônea.

2. - Não procede a alegação de que a elevação da pena-base tenha violado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na realidade, o Magistrado, considerando a margem de 04 (quatro) anos, entre a pena máxima, e a pena mínima 02 (dois) anos, para o crime em comento, e ainda a existência de 02 moduladoras avaliadas em desfavor do réu na 1ª fase dosimétrica, elevou a pena mínima em 06 (seis) meses, quantum este que mostra razoável e proporcional, considerando que é aplicável ao caso o critério matemático.

3. - Dentro deste contexto o quantumi da pena-base deve ser mantido, a míngua de qualquer vício de fundamentação, ou violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4. - Na hipótese a confissão do apelante deu-se de forma qualificada, assim, em nada contribuiu para a elucidação do crime, já que alegou legitima defesa. Ora, como é cediço, a invocação de teses defensivas excludentes ou descriminantes obsta a aplicação da referida atenuante, visto que a confissão deve ser voluntária e sem reservas, sendo que o decreto condenatório não foi embasado nas declarações do acusado, vejamos os recentes julgados da Corte Superior. Precedentes citados.

5. - A circunstância da menoridade foi erigida pelo Código Penal à categoria de atenuante legal ou obrigatória e, que, bem por isso, quando verificada sempre atenua a pena. No caso resta evidente a possibilidade de atenuar a pena, em razão da menoridade do Réu/apelado, visto que à época dos fatos contava pouco mais de 18 (dezoito) anos de idade.

6. - No que se refere ao pleito para alteração do regime prisional e substituição da pena corporal por privativa de direito, devem ser indeferidos, em vista da qualidade da pena, que no caso é de reclusão, e ainda levando-se em consideração o numero de circunstancias judiciais computadas como desfavoráveis ao apelante.

7. - Recurso conhecido e provido parcialmente (fls. 222/223).

Em sede de recurso especial, a defesa alegou violação aos artigos 33, § 2º, "c", 59, 65, I e II, "d", 68, e 129, I e II, todos do CP. Para o art. 59 do CP, sustentou que a pena-base foi exasperada sem fundamentação idônea e com critério desproporcional, meramente matemático.

Ressalta que houve *bis in idem* na valoração negativa da culpabilidade e

afirma que o delito cometido de madrugada não é mais reprovável do que o cometido de dia.

Em seguida, pretende sejam considerados argumentos do recurso de apelação para reconhecimento da confissão espontânea e fixação do regime inicial aberto.

Requereu a pena-base no mínimo legal ou próximo dele, a aplicação da atenuante da confissão espontânea e o regime inicial aberto.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 256/262.

O recurso especial foi admitido (fls. 264/269).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo parcial conhecimento do recurso especial e provimento para considerar a confissão espontânea (fls. 281/289).

É o relatório. Decido.

De início, verifica-se que não se encontra fundamentação correlata às violações aos artigos 33, § 2º, "c", 65, I e II, "d", 68, e 129, I e II, todos do CP. Nesse ponto, não se conhece do recurso especial, conforme Súmula 284/STF. Ademais, o pedido para se considerar como razões de recurso aquelas apresentadas na apelação para o reconhecimento de atenuante da confissão espontânea, com compensação de agravantes, se mostra indevido, pois as razões de apelação confrontam a sentença e não o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça. Cito precedentes:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. ELEVADO VALOR DA RES FURTIVA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. TENTATIVA DE FURTO. SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HC DE OFÍCIO. INVIABILIDADE.*
>
> *[...]*
>
> *3. "Não tendo sido indicado nas razões do recurso especial, interposto com amparo na alínea "a" do permissivo constitucional, o dispositivo legal que supostamente teria sido violado pelo acórdão recorrido, tem aplicação, por analogia, o disposto na Súmula n. 284 do Excelso Pretório. (AgRg no AgRg no AREsp 988.165/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017, grifei)*
>
> *[...]*

5. Segundo entendimento pacificado neste Tribunal Superior, não cabe pedido de concessão de ordem de habeas corpus de ofício, como meio de burlar a não admissão do recurso especial. Precedentes.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no AREsp 1142327/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 31/05/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXAME DA PROVA POR PARTE DA CORTE LOCAL. CONFIRMADA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVA. SÚMULA 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. RECEPTAÇÃO. CABE À DEFESA APRESENTAR PROVA ACERCA DA ORIGEM LÍCITA DO BEM. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO STF. REGIME INICIAL. TEMA PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. Alegação de cerceamento de defesa. A fundamentação apresentada no recurso se mostra deficiente, atraindo, assim, a incidência da Súmula 284 do STF. É importante ponderar que o recurso especial é reclamo de natureza vinculada e, dessa forma, para o seu cabimento, imprescindível que o recorrente demonstre de forma clara e objetiva de que modo o acórdão recorrido teria contrariado os dispositivos apontados como violados, sob pena de inadmissão.

[...]

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1774653/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2018).

Sobre a violação ao art. 59 do CP, o Tribunal de origem manteve a pena-base, nos seguintes termos:

No que diz respeito ao questionamento sobre a pena-base, nenhuma razão socorre o Réu, pois denota-se que o Magistrado ao proceder a dosimetria da pena, na sua 1ª Fase, nagativou as moduladoras referentes a "circunstancias do crime" e "culpabilidade" acertadamente, neutralizando as demais, fundamentando de maneira clara a sua verificação analítica das moduladoras.

Com efeito, analisou cada uma das modulares negativadas nos seguintes termos:

1. - "valoro negativamente a culpabilidade, já que atitude do Réu representa maior reprovabilidade do tipo penal, visto que estão presentes causas qualificadoras, por

ter gerado perigo de vida, e tendo em vista a incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, o que aumentou a potencialidade lesiva. Avalio como desfavorável duplamente."

2. - A circunstancia em que ocorreu o crime demonstra uma maior ousadia do réu, visto que ocorreu em via pública, durante a madrugada, momento em que há menos fiscalização, demonstrando o descontrole emocional e desrespeito para com outras pessoas.

[...]

Ora, na hipótese é possível extrair, que o Magistrado bem avaliou as circunstancias judiciais, extraindo sua convicção de elementos extraídos dos autos, e fundamentando satisfatoriamente a sua decisão em considerar desfavoráveis as referidas moduladoras.

Não há portanto que se falar em fundamentação genérica, ou inidônea.

Ademais, analisando separadamente cada uma das variáveis negativadas, é possível verificar que a culpabilidade, levou em consideração a intensidade do dolo, que no caso gradua a culpa, autorizando assim seja computada como desfavorável a circunstancia relativa a culpabilidade.

De igual modo, as circunstancias do crime foram avaliadas levando-se em conta circunstancias externas, que não integram e, nem qualificam o tipo penal, na hipótese configuradas pela ousadia do agente, e o desrespeito com a ordem pública.

Também não procede a alegação de que a elevação da pena-base tenha violado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na realidade, o Magistrado, considerando a margem de 04 (quatro) anos, entre a pena máxima, e a pena mínima 02(dois) anos, para o crime em comento, e ainda a existência de 02 moduladoras avaliadas em desfavor do réu na 1ª fase dosimétrica, elevou a pena mínima em 06 (seis) meses, quantum este que mostra razoável e proporcional, considerando que é aplicável ao caso o critério matemático.

Portanto, tenho que o quantumi da pena-base deve ser mantido, a míngua de qualquer vício de fundamentação, ou violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (fls. 215/217).

De início, a dosimetria da pena somente pode ser revista em casos excepcionais de flagrante equívoco, porquanto deve ser respeitada a discricionariedade vinculada do julgador na análise dos fatos. No mesmo sentido, cito precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA

BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

2. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

[...]

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 864.464/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/05/2017).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO (CP, ART. 304 C/C 297). VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO.

[...]

3. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1538351/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/05/2017).

Para ser idônea a exasperação da pena-base, as instâncias ordinárias devem justificá-la com elementos concretos, não inerentes ao tipo penal, que demonstrem a maior reprovabilidade da conduta. Cito precedente:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. FRAUDE CONTRA A RECEITA FEDERAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. VALOR DO DIA-MULTA. CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVA.

[...]

2. A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93,

inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', 'lucro fácil', 'causando prejuízo à vítima', quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.

[...]

6. Recurso parcialmente provido (REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 25/06/2015).

No caso dos autos, a defesa se insurge contra a exasperação da pena-base decorrente da culpabilidade e das circunstâncias do crime.

A culpabilidade foi valorada negativamente, duplamente, porque o delito foi cometido de forma duplamente qualificada, perigo de vida e incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias. Contudo, existindo duas qualificadoras, somente uma pode ser utilizada para exasperar a pena-base, pois a outra já qualifica o delito e acarreta a pena mínima e máxima em níveis mais elevados. Cito precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LESÃO CORPORAL GRAVE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESFAVORECIMENTO DAS VETORIAIS DA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. RECRUDESCIMENTO PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

- É possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).

- Na hipótese, a pena-base do delito previsto no art. 129, § 1.º, incisos I e III, do Código Penal, foi exasperada no dobro do mínimo legal, com o desfavorecimento das vetoriais das circunstâncias e dos motivos do crime e da culpabilidade do agente. A valoração negativa das vetoriais se fez em razão de particularidades do caso em comento, que desbordam das elementares do tipo.

- As instâncias ordinárias não utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base, no tocante à culpabilidade, uma vez que o acusado desferiu grande quantidade de golpes de facão na vítima, o que justifica a valoração negativa dessa

circunstância, pois aponta para maior reprovabilidade da conduta.

- Outrossim, o desfavorecimento das circunstâncias do delito está calcado no fato de as agressões terem sido praticadas no meio da noite, na residência da vítima, para onde o paciente se deslocou com a intenção de agredi-la, e diante de seus familiares, em total desrespeito à entidade familiar.

- Ademais, a lesão corporal grave foi reconhecida sob duas formas - incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e debilidade permanente do membro superior direito - sendo necessária apenas uma delas para a configuração do tipo penal qualificado.

- Também os motivos do crime - buscava o réu desagravo relativo a desavença já resolvida entre sua enteada e a esposa da vítima - foram valorados negativamente de forma correta e proporcional à gravidade do delito.

Habeas corpus não conhecido (HC 459.274/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2018).

Por seu turno, as circunstâncias do crime, delito cometido de noite, em via pública, demonstrando descontrole emocional e desrespeito para com outras pessoas, não são inerentes ao tipo penal. Assim, para se afastar a idoneidade da justificativa concreta, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula 7/STJ. Cito precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AOS ARTS. 24 E 29, IX, AMBOS DA LEI Nº 8.625/93. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. VIOLAÇÃO ao art. 619 DO CPP. NÃO INDICAÇÃO DE OMISSÃO NO ARESTO OBJURGADO. OFENSA AOS ARTS. 402 DO CPP, E 61 E 159, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 78 DO CPP. MATÉRIA JÁ ANALISADA E DECIDIDA NO RHC 19.758/SP. PLEITO PREJUDICADO. CONTRARIEDADE AO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TESE DE INÉPCIA DA INICIAL. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. OFENSA AOS ARTS. 155, 239 E 386, VII, TODOS DO CPP, E 288 DO CP. ABSOLVIÇÃO. VILIPÊNDIO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ARTS. 255/RISTJ E 1.029, § 1º, DO CPC/2015. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO

REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

5. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar ou desclassificar a imputação feita ao acusado, bem como a adequada pena-base a ser fixada ao réu, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

[...]

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1217373/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/05/2018).

Sobre a desproporcionalidade da pena-base, o Tribunal de origem considerou uma pena mínima partindo de 2 anos, enquanto o delito tem pena mínima de 1 ano. Assim, não houve incremento de 6 meses, mas de 1 ano e 6 meses para o desvalor duplicado da culpabilidade e para o desvalor das circunstâncias do crime. Cabe ressaltar que inexiste um critério puramente matemático, como dito no acórdão, embora, nada impeça que o mesmo incremento na pena-base seja utilizado para cada circunstância judicial desfavorável. Cito precedente:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

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.

[...]

4. No que diz respeito ao quantum de aumento da pena-base, "o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. No entanto, o quantum de aumento, decorrente da negativação das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do

processo de aplicação da pena" (REsp 1599138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).

5. Na hipótese, considerando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de estelionato (1 a 5 anos de reclusão), tem-se que a pena-base (majorada em 3 anos acima do mínimo legal, diante da consideração desfavorável de 3 circunstâncias judiciais) foi fixada de acordo com o princípio da legalidade e pautada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Precedente.

[...]

8. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 871.249/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 20/05/2019).

Passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, considerando duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 2 anos de reclusão, considerando a pena mínima de 1 ano e a máxima de 5 anos. Na segunda fase, compenso integralmente a atenuante da menoridade com a agravante do motivo fútil e aumento a pena em 1/6 em razão da agravante do recurso que impossibilitou a defesa da vítima para alcançar 2 anos e 4 meses de reclusão. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, torno definitiva a pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

Considerando a parte conhecida do recurso especial, observa-se flagrante ilegalidade na imposição do regime fechado, razão pela qual estipulo o regime inicial semiaberto. Cito precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. PECULATO. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA. OMISSÃO RECONHECIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA À CORRÉ. INOVAÇÃO INDEVIDA. EMBARGOS ACOLHIDOS. VÍCIO SANADO. EFEITOS INFRINGENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. 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.*
>
> *5. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena inferior a 4 anos de reclusão, com circunstância judicial desfavoravelmente valorada, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.*
>
> *[...]*
>
> *7. Embargos de declaração acolhidos, para sanar omissão no julgado e não conhecer do habeas corpus, mas conceder a ordem, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da pena imposta ao paciente* (EDcl no HC 423.679/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/04/2018).

Diante do exposto, conheço em parte do recurso especial e, com fundamento na Súmula 568/STJ, dou-lhe parcial provimento para fixar a pena definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão e, de ofício, estipulo o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator