

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.109 - SP (2019/0330953-7)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : CLAUDEIR FRANCISCO RODRIGUES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO - SP310258
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por CLAUDEIR FRANCISCO RODRIGUES, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento ao apelo defensivo para fixar o regime intermediário como o do início de cumprimento da pena.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, às penas de 1 (um) ano, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 12 (doze) dias-multa, sendo de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo o valor de cada dia-multa – e-STJ fls. 228-229.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem manteve o agravamento da pena-base em 1/3 em razão dos maus antecedentes, não compensou integralmente a confissão e modificou o regime inicial da expiação punitiva para o semiaberto – e-STJ fls. 261-264.

Nas razões do recurso especial, a defesa sustenta violação dos arts. 59, 65, III, e 33, §§ 2º e 3º, do CP (e-STJ fls.273-284).

Alega a impossibilidade de incremento na pena-base por fato delitivo ocorrido em momento posterior ao fato denunciado nestes autos, a título de maus antecedentes, ainda que a condenação seja anterior.

Defende a compensação integral de eventuais maus antecedentes com a atenuante da confissão espontânea, em razão de sua preponderância, com o consequente retorno do *quantum* penal ao estabelecido na primeira fase.

Por fim, pleiteia a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, asseverando que a pena fixada é inferior a 2 (dois) anos e que o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça, suprimindo as condições estabelecidas no CP.

Ressalta que este Tribunal Superior reconhece a possibilidade de deferimento do regime mais brando ainda que em casos de reincidência do acusado.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 288-293), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 296-297), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo não conhecimento do inconformismo. (e-STJ fls. 308-309).

É o relatório.

Decido.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca da pena-base e da consideração dos antecedentes criminais do recorrente, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fl. 263-264):

Superior Tribunal de Justiça

*Sobejam circunstâncias judiciais não favoráveis, a saber: **maus antecedentes, um por furto (fls. 207) e outro por roubo (fls. 209/210)**, o que delinea maior censura e reprovação da conduta por conta da especialização na rapina. Daí porque congruente e adequado o acréscimo de um terço.*

A confissão, lançada apenas na fase inquisitorial (fls. 05), pese não ter sido decisiva para a formação da convicção, haja vista serem abundantes os relatos pretorianos em desfavor do réu, apontando-o como autor do fato, veio a incidir na redução da pena, anotando-se que esta é uma única atenuante e, na primeira fase, múltiplos fatos, circunstância que, por si só, impede a compensação do aumento na pena-base com a redução na etapa intermediária.

Por sua vez, a sentença, com relação à dosimetria da primeira fase da pena, asseverou (e-STJ fls. 227-228):

*Na primeira fase da aplicação da pena, parte-se do mínimo legal (1 ano de reclusão e 10 dias-multa), as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu, **porque ele possui dois maus antecedentes, furto (fls. 207) e outro por roubo (fls. 209/210)**, motivo pelo qual aumento a sua pena em 1/3 para o mau antecedente específico, no caso o porte ilegal de arma de fogo, e 1/6 para o mau antecedente não específico, no caso o roubo, passando a sua pena para 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, e 15 dias-multa (fls. 190/201, 202/206 e 208). Friso que o aumento foi maior para o mau antecedente específico, porque denota a especialização do réu neste tipo de crime. **Ressalto ainda que, apesar de um dos fatos dos maus antecedentes serem posteriores (fls. 207) a este fato (fls. 02), ele deve ser considerado como mau antecedente, em decorrência do princípio da individualização da pena, porque outro réu sem nenhuma condenação anterior transitada em julgado seria colocado no mesmo patamar deste que possui duas condenações transitadas em julgado.** Por fim, o mau antecedente deve ser interpretado como antecedente do julgamento e não antecedente ao fato, tal qual ocorre com o instituto da reincidência.*

Na segunda fase da aplicação da pena, não existem agravantes, mas o réu confessou extrajudicialmente o crime (fls. 05) e era menor de 21 anos na data dos fatos

Superior Tribunal de Justiça

(fls. 02 e 07), razão pela qual reduzo a pena em 1/6 para cada uma das atenuantes, passando a pena para 1 ano, 3 meses e 16 dias de reclusão, e 12 dias -multa. Na terceira fase de aplicação da pena, não há causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas, portanto torno definitiva a pena do réu em 1 ano, 3 meses e 16 dias de reclusão, e 12 dias -multa. Outrossim, fixo o valor do dia-multa, no mínimo legal (1/30 avos do salário mínimo), em virtude de não haver nos autos elementos que comprove ter ele capacidade econômica suficiente para arcar com um valor superior (fls. 18 = 61). O crime foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, a pena aplicada é inferior a quatro anos, o réu não é reincidente, mas as circunstâncias judiciais são desfavoráveis a ele (fls. 190/191 e 202/210), conforme já fundamentado na primeira fase de aplicação da pena, motivo pelo qual não a substituo.

A defesa alega que o delito analisado no Processo n. 0001762-21.2016.8.26.0348 não pode ser utilizado para majorar a pena-base a título de Maus antecedentes, uma vez que se refere a fatos ocorridos em 22/2/2016, data posterior ao delito tratado no presente processo (16/4/2015), conforme certidão de objeto e pé de fls. 207.

No ponto, assiste razão ao recorrente, haja vista a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a afirmar a impossibilidade de valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes aos Maus antecedentes, personalidade ou conduta do social do réu, com arrimo em fatos delitivos ocorridos em momento posterior ao objeto da lide, por não constituírem antecedentes criminais.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. CONSTATAÇÃO. RECESSO FORENSE. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO OU DE INTERRUPTÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS CRIMINAIS. ESPECIALIDADE NORMATIVA DO ART. 798, CAPUT E § 3.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATOS POSTERIORES AO OBJETO DA LIDE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONSTATAÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. DEVIDO. REDUTOR DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO,

Superior Tribunal de Justiça

DE OFÍCIO.

[...]

2. Na espécie, ratifica-se que o recurso especial da parte, protocolado na origem em 25/01/2018, é intempestivo, pois, intimada pessoalmente a defesa técnica em 12/12/2017, com prerrogativa de prazo em dobro estatuída no art. 44, inciso I, da LC n.º 80/1.994, e computado o prazo recursal criminal de 30 (trinta) dias, de forma contínua e peremptória, o termo final para interposição da insurgência incidiu em 11/01/2018, nos termos dos arts. 186, 994, inciso VI, e 1.003, § 5.º, todos do referido diploma, c.c. a especialidade normativa dos arts. 3.º e 798, caput, § 3.º, ambos do CPP.

3. Presente flagrante ilegalidade na dosimetria da pena imposta ao Agravante, afigura-se passível a concessão da ordem de habeas corpus de ofício, nos moldes do art. 654, § 2.º, do CPP, c/c art. 203, inciso II, do RISTJ.

4. Quanto à individualização das penas, é cediço que o julgador deve examinar com acuidade os elementos, empíricos e subjetivos, que contornam a empreitada criminosa, obedecidas e sopesadas - com certo grau de discricionariedade - as moduladoras estabelecidas no art.59, caput, do referido diploma para aplicar, de forma proporcional e fundamentada, a reprimenda necessária e suficiente à reprovação do crime.

5. Em homenagem ao princípio da não culpabilidade, de envergadura constitucional, e seguindo-se a própria etimologia da palavra "antecedentes", entende o Superior Tribunal de Justiça que condenações transitadas em julgado, afetas a fatos posteriores ao objeto da lide, não se afiguram idôneas ao incremento da pena-base a título de maus antecedentes.

6. In casu, a teor da informações consignadas na certidão de antecedentes criminais do Apenado, depreende-se que a infração penal discutida no presente caso teria ocorrido em novembro de 2008, enquanto a pena executada no processo n.º 0231037-56.2012, utilizado como maus antecedentes, decorreu de condenação por fato ocorrido em 2011, o que não pode subsistir.

7. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, embora ações penais "em curso" não possam ser utilizadas para o incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, delineamento evidenciado no caso em exame.

8. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício. (AgRg no AREsp 1284680/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 08/03/2019)

Igualmente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA.

Superior Tribunal de Justiça

PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO VAGA E GENÉRICA. NÃO DEVOUÇÃO DO BEM. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. MAUS ANTECEDENTES. FATOS POSTERIORES. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não foram arrolados dados concretos a justificar o recrudescimento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, haja vista que as instâncias de origem teceram apenas considerações baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal violado.

2. A ausência de devolução da res furtiva e comportamento neutro da vítima não são motivos idôneos para fundamentar a exasperação da pena-base.

3. Condenações definitivas por fatos posteriores não são idôneas a supedanejar o aumento da pena básica a título de maus antecedentes.

4. Ordem concedida a fim de reduzir a pena imposta ao paciente ao patamar de 4 anos de reclusão, mais o pagamento e 10 dias-multa, fixado o regime inicial aberto para início do desconto da pena. (HC 427.096/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

E ainda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N.

11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE QUE FAZ JUS À APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.

11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. REGIME PRISIONAL. PENA FINAL INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher

Superior Tribunal de Justiça

cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a condenação por fato posterior ao descrito na denúncia não é argumento idôneo à exasperação da pena-base, seja a título de maus antecedentes, seja para desabonar a personalidade do agente, tampouco servindo como indicativo de dedicação a atividades criminosas. Assim, é inadmissível a utilização desse argumento para, de forma isolada, sem o cotejo com as circunstâncias em que ocorreu o delito, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Precedentes.

- Além disso, é assente neste Tribunal o entendimento de que a mera condição de desempregado do réu não é argumento idôneo a afastar a aplicação do redutor, uma vez que não é possível, a partir desse simples fato, concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.

- Uma vez que o paciente preenche os requisitos para a aplicação da benesse, pois não ficou evidenciada a sua dedicação a atividades ou a organizações criminosas, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 2/3. - Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessária fundamentação específica, baseada nas circunstâncias judiciais desfavoráveis e em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência dos enunciados 440 da Súmula do STJ e 718 e 719 da Súmula do STF.

- Na hipótese, tratando-se de condenação que não excede 4 anos de reclusão, tendo em vista a ausência de circunstância judicial desfavorável, o paciente faz jus ao regime aberto, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. - Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a Corte Suprema, em 1º/9/2010, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, afastado o argumento relativo à hediondez como óbice à concessão do benefício e estando preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível a conversão da pena privativa de liberdade por

Superior Tribunal de Justiça

medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, 166 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(HC 453.240/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 28/09/2018)

Por conseguinte, a fração aplicada de 1/3, no vetor maus antecedentes decorrente do Processo n. 0001762-21.2016.8.26.0348 (e-STJ fl. 207), deve ser afastada, mantido o acréscimo da fração de 1/6 na pena-base, referente ao Processo n. 0006997-20.2004.8.26.0564 (e-STJ fls.209-210).

No que se refere à segunda fase dosimétrica, verifica-se que foi aplicado 1/6 para cada uma das atenuantes – menoridade na época dos fatos e confissão espontânea.

Assim, constatada a presença das duas atenuantes, deve-se reduzir a pena ao mínimo legal, haja vista a orientação estabelecida no enunciado da Súmula 231/STJ, segundo a qual "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Por fim, quanto ao regime, em razão as disposições contidas no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, deve ser mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, uma vez que houve reprovação dos antecedentes penais, enquanto circunstância judicial do art. 59, com base em fundamento concreto e idôneo. No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO TENTADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu

Superior Tribunal de Justiça

tecnicamente primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 429.972/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Igualmente:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

3. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

4. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

5. Dessa forma, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, verifica-se que o regime mais gravoso foi fixado com base em fundamentação concreta, qual seja, o fato de o delito ter sido praticado em estabelecimento comercial, expondo a risco maior número de pessoas, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, o que denota maior desvalor da ação. Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 2 anos e 8 meses de reclusão comporta, revela-se desproporcional, sendo mais adequado a fixação do regime

Superior Tribunal de Justiça

semiaberto.

6. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 413.393/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017)

Destarte, passa-se ao redimensionamento da pena:

No primeiro estágio dosimétrico, verificada a existência de circunstância judicial desfavorável – maus antecedentes –, majora-se a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, fixando-a em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, presentes as circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, reduz-se a reprimenda provisória ao mínimo legal, isto é, 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a qual se torna definitiva, haja vista a ausência de causas de aumento e de diminuição de pena, mantidos os demais critérios adotados pela instância ordinária.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II e III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se parcial provimento** ao recurso especial para redimensionar as penas cominadas ao recorrente nos termos acima delineados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator