

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.572.646 - DF (2019/0252354-1)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : RONALDO PAGANO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. DECOTE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VETORIAIS MANTIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL PARA O DESCONTO DA REPRIMENDA. REGIME SEMIABERTO DETERMINADO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **RONALDO PAGANO** em face da decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, pelo juízo de primeiro grau, à pena de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, no regime inicial **semiaberto**, bem como ao pagamento de **15 (quinze) dias-multa**, como incurso nas sanções do art. 171, **caput**, do Código Penal (fls. 120-126).

O eg. Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação defensiva, para afastar a valoração negativa dos antecedentes, reduzindo a pena para **1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão**, mantido o regime inicial **semiaberto**, mais **13 (treze) dias-multa**. O acórdão foi ementado nos seguintes termos (fls. 207-208):

"Estelionato. Emprego de ardil. Solicitação de valor para liberação de financiamento imobiliário. Reconhecimento pessoal. Provas. Culpabilidade. Antecedentes. Circunstâncias do

crime. Regime semiaberto.

1 - Se o réu induziu a vítima em erro, mediante ardid, ao se passar por funcionário de instituição bancária e solicitar valor para providenciar liberação de financiamento imobiliário, causando a ela prejuízo financeiro, caracterizado está o crime de estelionato.

2 - Demonstrado o elemento subjetivo do crime de estelionato - dolo anterior ao emprego do meio fraudulento e que a vítima sofreu prejuízo com a conduta do acusado, é de se manter a condenação.

3 - Não há irregularidade no reconhecimento pessoal realizado de forma diversa do que dispõe o art. 226, do CPP, sobretudo se, em juízo, houve confirmação do reconhecimento do réu como autor do crime.

4 - Justifica-se valorar negativamente a culpabilidade se o réu se aproxima e abusa da relação de amizade e confiança da vítima e da família dela e contra eles pratica o crime de estelionato.

5 - Considerar condenação anterior para caracterizar Maus antecedentes do réu, após o decurso do prazo depurador, foge do preconizado pelo legislador, levando à perpetuação da pena - o que é vedado pela Constituição Federal (CF, art. 5º, XLVII, "b").

6 - O limite temporal de cinco anos - após os quais se extinguem os efeitos da reincidência - deve ser considerado para afastar a valoração negativa decorrente de condenação anterior.

7 - O fato de o estelionatário ter se apresentado como funcionário da Caixa Econômica Federal, empresa pública conhecida e popular, justifica-se valorar negativamente as circunstâncias do crime, sobretudo porque as vítimas foram ludibriadas pela ilibada reputação dessa.

8 - O e. STJ, em julgados mais recentes, tem adotado o acréscimo na pena-base de 1/6 da pena mínima cominada para cada circunstância judicial desfavorável.

9 - Desfavoráveis as circunstâncias judiciais (culpabilidade e circunstância do crime), deve ser fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, ainda que a pena seja inferior a 4 anos e o réu seja primário (art. 33, § 3º, do CP).

10- Apelação provida em parte."

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 249-257).

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, o recorrente afirma que o acórdão objurado violou o art. 59, do Código Penal, pois valorou negativamente a culpabilidade e as circunstâncias do crime sem motivação idônea. Aduz ainda, violação ao art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista que foi fixado o regime inicial semiaberto sem motivação idônea. Por fim, alega violação ao art. 44, do Código Penal, já que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devidamente fundamentado, já que apenas fez referência a circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 294-297), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na aplicação da Súmula 7/STJ, pois a análise do acórdão recorrido implicaria em revolvimento de matéria fático-probatória (fls. 298-299).

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão. O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desprovemento** do agravo (fls. 329-332).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial.**

A questão a ser analisada cinge-se à valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do crime na primeira fase da dosimetria.

O eg. Tribunal **a quo**, no que importa ao caso, assim se manifestou sobre o ponto (fls. 212-218, grifei):

"Passo à individualização da pena.

Na primeira fase, a sentença valorou desfavoravelmente a culpabilidade, eis que 'o réu estabeleceu um vínculo de amizade com a vítima e seus familiares, conquistando a confiança deles, a fim de aumentar as chances

de êxito da empreitada criminosa'.

A conduta do réu extrapolou o tipo penal do crime de estelionato, pois se aproximou da vítima, ganhou confiança e amizade de toda a família, oferecia festas e se dizia 'homem de Deus' e que iria ajudá-los a conseguir a casa própria. Com sua atitude o réu, ainda, conseguiu aplicar o mesmo golpe em vários integrantes da família da vítima.

[...]

A fundamentação da sentença, idônea, deve ser mantida.

[...]

Quanto à valoração negativa das circunstâncias do crime, consignou a sentença que: 'revelam-se demasiadamente graves, haja vista que o acusado se fez passar por funcionário da Caixa Econômica Federal, afetando, por conseguinte, a imagem da referida empresa pública'.

Se justifica valorar a circunstância do crime o fato de o estelionatário ter se apresentado como funcionário da CEF, empresa pública de ilibada reputação, afetando a imagem dessa.

A imagem da instituição bancária foi determinante para a prática do crime. As vítimas foram ludibriadas pela reputação da empresa pública."

Sobre dosimetria, cumpre enfatizar que o eg. Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada"* (HC n. 137.769/SP, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 24/10/2016).

O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, uma vez que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, deve circunscrever-se *"ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades"* (HC n. 128.446/PE, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, julgado em 15/9/2015).

Na mesma linha, tem sido assente nesta Corte o entendimento de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado

sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese dos autos, verifico que o aumento da pena-base em razão da valoração negativa da circunstância judicial **culpabilidade** está, de fato, bem fundamentado, tendo em vista que a apreciação negativa deste vetor revela que a conduta praticada pelo agente ultrapassa as características ínsitas ao tipo.

Vale sublinhar que a **culpabilidade** do agente só pode ser considerada circunstância judicial desfavorável quando houver algum elemento concreto que evidencie um grau de reprovabilidade que extrapole o da própria conduta tipificada. A simples gravidade do delito, por si só, não tem o condão de acentuar a culpabilidade do agente.

Com efeito, no presente caso, o Tribunal de origem destacou a alta culpabilidade no caso que, *"A conduta do réu extrapolou o tipo penal do crime de estelionato, pois se aproximou da vítima, ganhou confiança e amizade de toda a família, oferecia festas e se dizia 'homem de Deus' e que iria ajudá-los a conseguir a casa própria. Com sua atitude o réu, ainda, conseguiu aplicar o mesmo golpe em vários integrantes da família da vítima."* (fl. 212).

De fato, **in casu**, adequada se revela a negatização da culpabilidade, tendo em vista o **modus operandi** do delito ultrapassa o previsto no tipo penal, a evidenciar a periculosidade e a ousadia do agente. Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA DEDUZIDA EM REVISÃO CRIMINAL. PRECLUSÃO. CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. "No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou

maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Na hipótese, o eg. Tribunal de origem, reconheceu que o réu valeu-se da relação e da confiança que a vítima depositava nele para praticar do crime de estupro, haja vista que o réu era irmão do namorado da prima da vítima. Nesse passo, resta evidente o maior grau de censura da conduta do réu, o que permite o incremento da reprimenda a título de culpabilidade" (HC 459.777/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/9/2018).

4. Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 511.107/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 25/6/2019, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

[...]

3. A pena-base não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas, genéricas e em dados não explicitados, sendo defeso ao magistrado apontar circunstâncias judiciais como desfavoráveis, sem, todavia, apresentar a motivação devida.

4. O Magistrado singular - no que foi corroborado pela Corte de origem - ao valorar negativamente as vetoriais culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, para exasperar a pena-base, não fundamentou concretamente sua convicção e usou fatores inerentes ao tipo penal em apreço, além de confundir culpabilidade na condição de elemento do crime com a censurabilidade da conduta.

[...]

6. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no HC n. 290.438/PB, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz DJe de 1º/7/2015).

No que se refere à valoração negativa das **circunstâncias do crime**, de igual modo, tenho que os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido para manter a negatização desse vetor não comportam qualquer censura, eis que restou consignado no acórdão reprochado, sobre a **quaestio**, que "[s]e justifica valorar a

circunstância do crime o fato de o estelionatário ter se apresentado como funcionário da CEF, empresa pública de ilibada reputação, afetando a imagem dessa. A imagem da instituição bancária foi determinante para a prática do crime. As vítimas foram ludibriadas pela reputação da empresa pública." (fl. 217), o que está em consonância ao entendimento desta Corte Superior quanto ao tema. Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. PREVIDENCIÁRIO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Correta a valoração negativa da culpabilidade, circunstâncias e consequências do delito, quando indicados fundamentos concretos que desbordam dos comuns ou ínsitos ao delito praticado, justificando o trato negativo das vetoriais.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.757.867/PB, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 26/03/2019, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONSEQUÊNCIAS. PREJUÍZO DE GRANDE MONTA. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso, o eg. Tribunal de origem analisou em desfavor do paciente as circunstâncias do crime, valendo-se de elementos concretos angariados no curso da instrução penal, de modo a demonstrar que a conduta ultrapassou a gravidade inerente ao tipo penal, justificando o aumento da pena-base.

[...]

Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 468.324/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 14/12/2018, grifei).

No que tange à **fixação do regime inicial semiaberto** para o desconto da reprimenda, diviso que o reclamo não merece acolhimento, tendo em vista que o v. acórdão impugnado está fundamentado nos seguintes termos (fl. 218): *"Embora primário o réu, a culpabilidade e as circunstâncias do crime*

foram valoradas desfavoravelmente. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais (culpabilidade e circunstâncias do crime), deve ser fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, ainda que a pena seja inferior a 4 anos e o réu seja primário (art. 33, § 3º. do CP)."

Insta consignar que uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, ambos do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

No presente caso, contudo, da análise dos autos, verifico que, muito embora a pena do ora recorrente tenha sido fixada definitivamente em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, o que, em tese, permitiria o estabelecimento do pleiteado regime inicial aberto, verifico que há particularidade apta a afastar o deferimento do pleito defensivo, tendo em vista a exasperação da pena-base em razão da presença de **circunstâncias desfavoráveis**, o que se afigura fundamento idôneo a justificar a fixação do **regime inicial semiaberto**. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OMISSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. RECRUDESCIMENTO. SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Segundo a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis é fundamento idôneo para o recrudescimento do regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta.

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.827.808/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/10/2019, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. OFENSA AOS ARTS. 155, 619 E 620 DO CPP. SÚMULA N. 284/STF. VIOLAÇÃO DA SÚMULA N. 444/STJ. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 182/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. COMETIMENTO DE APENAS DUAS CONDUTAS. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

5. O regime prisional semiaberto foi fixado com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis consideradas para a fixação da pena-base, os maus antecedentes do agravante, fundamento justificável de maior reprovabilidade, nos exatos termos do art. 33, §3º, do CP.

6. Agravo regimental improvido" (AgInt no AREsp n. 1.106.488/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 30/04/2018, grifei).

Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, cumpre transcrever excerto do voto condutor do acórdão (fl. 219): "*Não preenchidos os requisitos dos arts. 44 e 77 do CP, não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e nem a suspensão condicional da pena, sobretudo porque a culpabilidade e as circunstâncias do crime lhes são desfavoráveis.*"

Insta consignar que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a substituição da pena por restritivas de direito, se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 44, inciso III, c/c o art. 59, ambos do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**. Verifica-se da leitura do v. acórdão, que **há 2 (duas) circunstâncias consideradas desfavoráveis** e a pena-base ultrapassou o mínimo legal.

Diante desse contexto, apesar do montante final da pena aplicada não ultrapassar 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso concreto indicam que a substituição da pena corporal não é recomendável, **in casu**, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso, a culpabilidade e as circunstâncias do crime. Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA

ELEITA. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL MANTIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS INVIÁVEL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

8. 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". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta, sem que possa inferir bis in idem ou arbitrariedade em tal conclusão.

*9. Writ não conhecido" (HC n. 539.130/SP, Quinta Turma, Rel. Min, **Ribeiro Dantas**, DJe de 18/11/2019).*

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*".

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **b**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator