RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.199 - SP (2019/0339129-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
RECORRENTE	:	HELIO RODRIGO MARCOLINO BOLDRINI
ADVOGADOS	:	LEONARDO ARANTES VICENTINI - DEFENSOR PÚBLICO - SP194851 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. TIPICIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. FRAÇÃO A SER APLICADA NA PRIMEIRA E SEGUNDA ETAPA DOSIMÉTRICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF CONDENAÇÃO ANTERIOR E DEFINITIVA. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **HELIO RODRIGO MARCOLINO BOLDRINI**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo manejado pela defesa, apenas para redimensionar a pena do recorrente.

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustenta a violação dos seguintes dispositivos de lei federal:

i) ao art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, com a alegação de que não há provas suficientes a embasar a condenação, ainda mais porque *"em matéria de condenação criminal, não bastam meros indícios. A prova da autoria deve ser contundente, pois só a certeza extrema de dúvida autoriza a condenação no juízo criminal, sendo que, no caso em tela, as provas*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

colhidas falecem de credibilidade" (fl. 236);

ii) ao art. 33, § 2º, e 59, ambos do Código Penal, ao argumento de que o v. acórdão recorrido carece de fundamentação idônea para a manutenção do regime mais gravoso, bem como para a exasperação da pena-base, **máxime** porque condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP (cinco anos), não podem ser valoradas como maus antecedentes, sob pena de se caracterizar a perpetuidade da sanção penal, o que não é admitido pelo nosso ordenamento jurídico.

Afirma ainda que, *"vislumbra-se plenamente possível a fixação de regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda privativa de liberdade, independentemente de reincidência"* (fl. 242), invocando a aplicação da Súmula 269 deste Tribunal, que permite a fixação do regime intermediário aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, dado o necessário decote dos maus antecedentes no presente caso.

Alega que *"caso, apesar do exposto acima, perdure a consideração da existência de maus antecedentes e reincidência há que se escolher apenas um quesito de aumento de pena, não podendo agravar duplamente a pena por reincidência e maus antecedentes, sob risco de resultar em bis in idem"* (fl. 243), na forma da Súmula 241/STJ.

Aduz que o aumento operado em virtude da valoração negativa dos antecedentes, bem como pela agravante da reincidência, na fração de 1/6, carece de fundamentação idônea devendo ser substituída pela fração de 1/8, para um ou para outra etapa dosimétrica.

Pretende, ao final, o provimento do apelo nobre, a fim de que a pena-base seja fixada no mínimo ou próximo do mínimo legal, com redução da fração aplicada na segunda fase e fixação do regime semiaberto.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 250-255), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

parcial conhecimento e, na extensão conhecida, **parcial provimento** do recurso especial, apenas para fixar a pena-base no mínimo legal (fls. 270-280).

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o recorrente **Hélio** foi condenado, em primeiro grau, à pena de **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, em regime **fechado**, além de 17 (dezessete) dias-multa, pelo delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo da defesa, para redimensionar a pena para **2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, além de 12 (doze) dias-multa, mantido o regime **fechado**.

A primeira questão a ser analisada cinge-se à suposta ausência de provas a sustentar a condenação, tendo o acórdão recorrido violado o art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls.218-219):

"2- A apelação deve ser parcialmente provida, como adiante se verá.

Com efeito, ficou provado, suficientemente, que o réu praticou o crime noticiado nos autos. Segundo os elementos de convicção trazidos ao processo, Hélio Rodrigo Marcolino Boldrini. mediante destruição e rompimento de obstáculos, subtraiu os bens descritos na inicial acusatória, pertencentes à vítima Célia Aparecida Costa Bunizo.

Interrogado, na fase inquisitiva. manteve-se silente (cf. fls. 45/46). Em juízo, teve decretada sua revelia, cf. fl. 149, ante a sua ausência.

A testemunha acusatória Fernando Patrick Oliveira de Souza, vizinho da vítima, ouvido na fase inquisitiva, esclareceu que forneceu à Polícia as características do furtador e parte do emplacamento do veículo utilizado na fuga, sendo que reconheceu fotograficamente o acusado como o autor da prática delitiva.

Os agentes públicos, sempre que ouvidos, apresentaram declarações seguras, coerentes e convincentes, não havendo nenhum motivo para duvidar deles. Os policiais Carlos César Chapini e Rogério Tomazela Diego frisaram que encontraram diversos produtos de roubos na residência do réu, o qual admitiu, informalmente, a prática criminosa. As provas produzidas são contundentes e indicam a prática do crime pelo acusado.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

O delito de furto foi, pois, comprovado e configurado, sem dúvida. É evidente que ele, apelante, subtraiu os bens da vítima, mediante destruição e rompimento de obstáculo, conforme a prova oral e material colhidas nos autos. Destaca-se o laudo pericial, juntado às fls. 53/55. Portanto, a condenação era medida que se impunha.

Assim, a prova coligida mostrou-se apta a formar um escorreito juízo de condenação"

Da análise do excerto acima colacionado, verifico que o eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões – baseado nas provas carreadas aos autos - pelas quais concluiu pela condenação do ora recorrente quanto ao delito de furto qualificado.

Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da **Súmula 7/STJ**, segundo a qual "*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal **a quo** e absolver o agravante, como pretende a defesa, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

A propósito:

> *"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ART. 157, §2°, II DO CP. USO DE FACA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A pretensão do recorrente de modificar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, no sentido da sua absolvição, por ausência de prova acerca da autoria delitiva, ou, subsidiariamente, o afastamento do concurso de agentes e do uso de arma, demandaria reexame de provas, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *2. O Tribunal a quo, ao manter o regime fechado para o cumprimento da pena, utilizou de fundamentação idônea,*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

não podendo ser considerada genérica ou ilegal, visto que baseada nas circunstâncias fáticas da prática delitiva, consistente no fato de o acusado, durante a conduta criminosa, ter atingido a vítima Simone na mão com um facão, causando lesão corporal, a qual teve que, inclusive, passar por cirurgia, o que demonstra a especificidade da situação e a gravidade concreta do delito, que desborda das comumente verificadas para o crime de roubo, suficientes, portanto, para justificar a escolha de regime prisional mais severo que o legalmente indicado pelo quantum da pena, ainda que não tenham sido valoradas circunstâncias judiciais negativas.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1503125/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/08/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA PELA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVANTE QUE DEMONSTROU FERIADO LOCAL. RECONHECIMENTO PELO MPF. PROVIMENTO QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 E 155, AMBOS DO CP; 115, 158 E 386, VII, TODOS DO CPP. TESE DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA APTA A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. ALEGAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA DIRETA. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTO INIDÔNEO NA VALORAÇÃO DO VETOR JUDICIAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PROCEDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE NO QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. PRECEDENTES DO STJ. PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA REDIMENSIONADAS.

1. Conforme disposto pelo Ministério Público Federal, extrai-se dos autos que o recorrente foi intimado do acórdão contra o qual se insurgiu em 15/2/2019, sendo o recurso especial interposto em 7/3/2019. [...] Às fls. 489, foi juntado documento extraído do site do poder judiciário do estado de Mato Grosso do Sul informando que não haveria expediente nos dias 4, 5 e 6 de março (segunda-feira, terça-feira e quarta-feira de cinzas - carnaval). Comprovada a tempestividade da interposição do recurso especial, impõe-se o provimento do

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

agravo regimental.

2. A pretensão relativa ao reexame do mérito da condenação proferida pelo Tribunal de origem, ao argumento de ausência de suporte fático-probatório, nos termos expostos na presente insurgência, não encontra amparo na via eleita. É que, para acolher-se a pretensão de absolvição, seria necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do recurso especial.

3. ***A desconstituição das conclusões alcançadas pela Corte de origem, que, com fundamento em exame exauriente do arcabouço fático-probatório carreado aos autos, reconheceu a presença de elementos suficientes para a condenação, asseverando, ainda, que as provas se mostram firmes, seguras e harmônicas no sentido de que o recorrente praticou o delito de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, demandaria, necessariamente, aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice, na via do recurso especial, dada a incidência da Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp n. 1.474.000/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/6/2019).***

[...]

8. Agravo regimental provido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, no sentido de decotar a valoração negativa do vetor judicial das circunstâncias do crime, redimensionando as penas privativa de liberdade e pecuniária do agravante." (AgRg no REsp 1806582/MS, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe 08/11/2019, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. CONDENAÇÃO. PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO E EM JUÍZO. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. ANÁLISE DESPICIENDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Concluindo o Tribunal de origem pela condenação do réu, com base nas provas inquisitoriais e judiciais, não há falar em violação do art. 155 do CPP, e, consequentemente, absolvição, por demandar revolvimento de fatos e provas, o que não se admite, a teor da Súmula 7/STJ.

2. Despicienda a análise da tese de detração do período de prisão cautelar, se o desconto não conduz à alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1480040/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 24/10/2019)

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

Quanto à alegada violação aos arts. 33, § 2º, e 59, ambos do CP, aduz o recorrente a inidoneidade dos fundamentos utilizados pelo eg. Tribunal da origem para manter a exasperação da pena-base, bem como do regime mais gravoso.

Aduz, ainda, que o aumento operado em virtude da valoração negativa dos antecedentes, bem como pela agravante da reincidência, na fração de 1/6, carece de fundamentação idônea devendo ser substituída pela fração de 1/8, para uma ou para outra etapa dosimétrica. Para melhor delimitação do tema a ser analisado, trago à colação excerto do v. acórdão reprochado, **in verbis** (fls. 219-220):

*"**As penas comportam alteração**. **Na primeira fase da dosimetria, a Ilustre Magistrada Sentenciante reconheceu corretamente os maus antecedentes do acusado, assim como na segunda fase a agravante da reincidência (cf. certidões de fls. 134/137); entretanto, mostra-se mais adequada a aplicação do percentual de um sexto (1/6) também na primeira fase, finalizando-se em dois (02) anos, oito (08) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa.** Ademais, destaca-se que no Superior Tribunal de Justiça ficara assentado que: "As condenações com trânsito em julgado fora do quinquídio legal, embora não possam mais ser consideradas como agravante da reincidência, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, devem ser valoradas a título de maus antecedentes criminais." (STJ, REsp. 809697/SP, REI. Min. GILSON DIPP, DJ 6/8/2007 p. 648). **Correta a fixação do regime prisional inicial fechado para o início do cumprimento da pena privativa, pois se trata de réu reincidente, voltado às práticas criminosas, que recalcitra e não se emenda, conforme relatado acima; urge, então, que se lhe aplique um regime carcerário mais rigoroso e que se chegue a uma resposta penal justa**"*

De início, cumpre ressaltar que, do excerto colacionado, verifico a ausência de pronunciamento do Tribunal **a quo** quanto ao pedido de alteração da fração aplicada a título de maus antecedentes e reincidência, o que impede o conhecimento por esta Corte Superior, dada a ausência de prequestionamento da matéria.

Isso porque a ausência de análise, pelo acórdão recorrido, da tese defensiva posta neste apelo nobre, enseja a oposição de embargos de

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

declaração para sanar a omissão e viabilizar o necessário debate sobre a matéria.

Contudo, a defesa não atuou de forma a viabilizar o conhecimento do recurso especial quanto a este ponto, acarretando a incidência dos óbices contidos nas das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*"; "*O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*".

Nesse sentido:

> "*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33 § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. A questão quanto à minorante da Lei Antidrogas não foi objeto de debate e discussão pelo Tribunal a quo em sede de apelação. Carece, assim, o tópico do adequado e indispensável prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas n. 282 e 356/STF.*
>
> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 1006738/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe de 28/4/2017)

> *"RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO RÉU. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISSÍDIO PRETORIANO. COTEJO ANALÍTICO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356, AMBAS DO STF. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NÃO CONHECIDO E AGRAVO DO RÉU CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.*
>
> *[...]*
>
> *9. Conforme reiterada jurisprudência do STJ, para o atendimento do requisito do prequestionamento, é necessário que a questão haja sido objeto de debate pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal apontado como violado, o que, como visto, não foi oportunizado na espécie, pois sequer alegado pelo ora agravante em suas pretéritas irresignações.

10. No caso, apesar de a defesa ter apelado quanto à violação dos arts. 59, 61, II, "f", 68 e 141, III, do Código Penal, a insurgência não foi analisada pelo Tribunal de origem nem a defesa opôs embargos de declaração. Incidem, portanto, neste ponto, os óbices das Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF, in verbis: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" e "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

11. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática de repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

12. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido e agravo do réu conhecido a fim de não conhecer do recurso especial, com determinação de envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta, salvo se o recorrido já cumpriu a reprimenda." (REsp 1557261/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 1/8/2017)

Lado outro, quanto à suposta violação ao art. 59 do CP, porquanto foram utilizadas condenações atingidas pelo período depurador de cinco anos, a irresignação não merece prosperar, porquanto os fundamentos invocados pela Corte de origem estão em consonância ao entendimento deste Tribunal, que permite a valoração negativa a título de maus antecedentes de condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta eg. Corte:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO ANTERIOR ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é firme acerca da possibilidade da valoração negativa, como maus antecedentes, das condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal.

2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.011.953/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 16/2/2017).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. ART, 44, III, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL DOS MAUS ANTECEDENTES. TESE DE NE BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão combatido esta de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, no caso, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto inadimplido o inciso III do art. 44 do Código Penal, devido a existência de circunstância judicial desabonadora dos maus antecedentes.

2. ***Ademais, "a pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (RHC 66.436/SP, FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/05/2016)****.*

3. Quanto à tese de existência de ne bis in idem, alegando terem sido utilizados os mesmos fundamentos para fixar o regime mais gravoso e indeferir a substituição da pena, verifica-se que esse pleito não foi aventado em recurso de apelação às fls. 219-223 (e-STJ), o que não se admite nos embargos de declaração, por constituir inovação recursal, carecendo, portanto, a matéria do necessário prequestionamento.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 955.835/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

Dantas, DJe de 23/6/2017, grifei).

Portanto, ainda que a condenação anterior não prevaleça para efeito da reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos, para efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá.

Por fim, não há que se falar em inidoneidade dos fundamentos invocados para a manutenção do regime fechado, haja vista a presença de circunstância judicial negativa (maus antecentes), além da reincidência, justifica a fixação do regime mais gravoso, **ex vi** do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, em que pese a pena fixada ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo descabida a aplicação da Súmula 269 deste Tribunal.

Quanto ao tema, confiram-se:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA.m POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONDENAÇÕES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282/STF E 356/STF. REGIME PRISIONAL ABERTO. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 269/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que, em se tratando de acusado multirreincidente, as condenações pretéritas, desde que distintas, podem ser utilizadas para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como para aumentar a pena na segunda fase em vista da reincidência, não havendo que se falar em bis in idem.*
>
> *2. Na espécie, verifica-se que o réu ostenta extensa ficha de condenações criminais anteriores, tendo as instâncias ordinárias valorado negativamente os antecedentes com base em 14 (quatorze) das 15 (quinze) condenações criminais transitadas em julgado ostentadas pelo acusado, sendo a remanescente utilizada para fins de configuração da reincidência. Não há óbice à manutenção do desvalor atribuído à vetorial atinente aos antecedentes, visto que utilizadas condenações distintas daquela*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

que amparou o aumento aplicado na segunda fase da dosimetria da pena, a título de reincidência.

3. No que concerne à aduzida impossibilidade de utilização em prejuízo do acusado das condenações transitadas em julgado e já atingidas pelo quinquênio depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, tal tese não foi debatida pela Corte de origem, tampouco foi objeto de embargos de declaração, não podendo, portanto, ser enfrentada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282/STF e 356/STF.

4. Como é cediço na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, a teor da Súmula n. 269/STJ.

5. No presente caso, o envolvido - que pleiteia a fixação de regime inicial aberto -, além de reincidente, possui maus antecedentes, o que afasta a incidência do referido enunciado sumular e representa fundamentação idônea tanto para a imposição do regime prisional fechado quanto para a não concessão de substituição da pena. Não obstante, tendo as instâncias ordinárias fixado regime semiaberto para início do cumprimento da pena - quando o adequado seria o regime fechado - este deve ser mantido, em razão da vedação à reformatio in pejus, porquanto ausente recurso ministerial.

6. Agravo regimental não provido."(AgRg no AREsp 1573086/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares do Fonseca**, DJe 22/11/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PISO LEGAL. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DESPROPORCIONALIDADE NA FRAÇÃO DE AUMENTO OPERADA. REDUÇÃO PARA 1/3. MONTANTE DA REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- A dosimetria da pena e seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- In casu, a pena-base do paciente foi exasperada em razão de seus maus antecedentes, e também devido à maior reprovabilidade de sua conduta por haver cometido o novo delito enquanto cumpria pena que lhe fora fixada pela prática de crime anterior - Processo n.

2016.04.1.010856-6, fato ocorrido em 9/12/2016, por infração ao art.

155, §§ 1º e 4º, II, do Código Penal, com trânsito em julgado em 14/8/2017 (e-STJ fl. 31) -, circunstância idônea para motivar o incremento punitivo. Precedentes.

- Embora idôneos os fundamentos para exasperar a pena-base, seu incremento foi desproporcional, de modo que foi aplicada a fração de aumento de 1/3, ficando a basilar estabelecida em 2 anos e 8 meses de reclusão, além de 13 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias atenuantes e presente a agravante da reincidência, mantive a fração de aumento em 1/6, ficando a sanção do paciente definitivamente estabilizada em 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, além de 15 dias-multa, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena.

- Apesar de alterado o montante da sanção para patamar inferior 4 anos de reclusão, foi mantido o regime inicial fechado, por expressa previsão legal, em virtude da reincidência e das circunstâncias judiciais negativadas, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e da Súmula n. 269 do STJ.

- Agravo regimental não provido."(AgRg no HC 529.912/DF, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares do Fonseca**, DJe 4/11/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL) POR DUAS VEZES. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. RÉU REINCIDENTE COM A PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAUS ANTECEDENTES UTILIZADOS PELA ELEVAR A REPRIMENDA BÁSICA E JUSTIFICAR O REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais severo do que aquele que permite a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

2. Na hipótese, não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena definitiva seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a condição de reincidente do réu, somada à análise desfavorável das circunstâncias judiciais, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Casa. Precedentes.

3. Não configura ofensa ao princípio do non bis in idem a consideração dos maus antecedentes para elevar a reprimenda básica e fixar o regime mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda por serem institutos diversos e decorrerem de expressa previsão legal constante dos arts. 59 e 68, bem como do art. 33, respectivamente, todos do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido."(AgRg no HC 497.220/SC, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe 22/10/2019)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (MAUS ANTECEDENTES). E REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320

desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - In casu, sendo a paciente reincidente e portadora de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes), o regime fechado mostra-se o mais adequado, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo aplicável a Súmula n. 269/STJ: "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

IV - A incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, o que não ocorre na espécie.

Habeas corpus não conhecido." (HC 517.068/MS, **Quinta Turma**, **de minha Relatoria**, DJe 8/10/2019)

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 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. 255, § 4º, incisos I e II, do Regimento Interno do STJ, **conheço em parte** do recurso especial e, nessa extensão, **nego-lhe** provimento.

P. e I.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 95C5B7DE-E41C-473B-B083-5B1CB7E5B320