



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2038058 - SP (2022/0357725-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ALESSANDRO FERRAZ CARVALHO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELY GALVÃO MOTA CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. INAPLICABILIDADE, NA HIPÓTESE, DO "DIREITO AO ESQUECIMENTO". AGRAVANTE DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA AFASTADA. NEXO CAUSAL NÃO COMPROVADO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. DETRAÇÃO PENAL. SÚMULA /STJ. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pela defesa contra acórdão que, em sede de apelação criminal, reformou parcialmente a sentença condenatória para elevar a pena do réu, com o reconhecimento de agravantes, incluindo a prática do crime em estado de calamidade pública, e fixou o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. O réu fora condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 dias-multa, como incurso no art. 155, *caput*, c/c o art. 61, II, alínea *j*, do Código Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão:

- (i) definir se a majoração da pena-base pelos maus antecedentes foi devidamente fundamentada;
- (ii) verificar se o reconhecimento da agravante relativa ao estado de calamidade pública exige comprovação de nexo causal específico;
- (iii) estabelecer se é cabível a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea; e
- (iv) determinar se a detração penal é aplicável ao caso para alterar o regime prisional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do STJ e do STF afasta a aplicação do prazo depurador de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal para a configuração de maus antecedentes. Assim, condenações anteriores podem justificar a majoração da pena-base, mesmo que não configurem reincidência, desde que não ultrapassem o prazo de 10 anos desde a extinção da pena.

4. A aplicação da agravante do estado de calamidade pública (art. 61, II, *j*, do Código Penal) exige a comprovação de que o agente se prevaleceu dessa situação para a prática do delito, o que não ocorreu no caso concreto. A mera prática do crime durante a pandemia não justifica a incidência da agravante, motivo pelo qual esta deve ser afastada.

5. Quanto à compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, ambas foram fixadas em igual patamar (1/6), ponto em que a parte carece de interesse recursal.

6. Inviável o pleito de fixação do regime inicial aberto, ante a reincidência e os maus antecedentes do réu.

7. A análise da detração penal (art. 387, § 2º, do CPP) não pode ser realizada em sede de recurso especial, pela impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A AGRAVANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA E REDIMENSIONAR A PENA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2038058 - SP (2022/0357725-2)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ALESSANDRO FERRAZ CARVALHO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELY GALVÃO MOTA CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. INAPLICABILIDADE, NA HIPÓTESE, DO "DIREITO AO ESQUECIMENTO". AGRAVANTE DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA AFASTADA. NEXO CAUSAL NÃO COMPROVADO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. DETRAÇÃO PENAL. SÚMULA /STJ. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pela defesa contra acórdão que, em sede de apelação criminal, reformou parcialmente a sentença condenatória para elevar a pena do réu, com o reconhecimento de agravantes, incluindo a prática do crime em estado de calamidade pública, e fixou o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. O réu fora condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 dias-multa, como incurso no art. 155, *caput*, c/c o art. 61, II, alínea *j*, do Código Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão:

- (i) definir se a majoração da pena-base pelos maus antecedentes foi devidamente fundamentada;
- (ii) verificar se o reconhecimento da agravante relativa ao estado de calamidade pública exige comprovação de nexo causal específico;
- (iii) estabelecer se é cabível a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea; e
- (iv) determinar se a detração penal é aplicável ao caso para alterar o regime prisional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência do STJ e do STF afasta a aplicação do prazo depurador de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal para a configuração de maus antecedentes. Assim, condenações anteriores podem justificar a majoração da pena-base, mesmo que não configurem reincidência, desde que não ultrapassem o prazo de 10 anos desde a extinção da pena.

4. A aplicação da agravante do estado de calamidade pública (art. 61, II, *j*, do Código Penal) exige a comprovação de que o agente se prevaleceu dessa situação para a prática do delito, o que não ocorreu no caso concreto. A mera prática do crime durante a pandemia não justifica a incidência da agravante, motivo pelo qual esta deve ser afastada.

5. Quanto à compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, ambas foram fixadas em igual patamar (1/6), ponto em que a parte carece de interesse recursal.

6. Inviável o pleito de fixação do regime inicial aberto, ante a reincidência e os maus antecedentes do réu.

7. A análise da detração penal (art. 387, § 2º, do CPP) não pode ser realizada em sede de recurso especial, pela impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A AGRAVANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA E REDIMENSIONAR A PENA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado (fl. 276):

APELAÇÃO CRIMINAL FURTO Sentença condenatória Ausência de insurgência quanto a autoria e materialidade delitivas, sendo referidas matérias, portanto, incontestas e irrecorríveis R. sentença reformada Imperiosidade de exasperação da reprimenda basilar em razão da circunstância judicial desfavorável referente aos maus antecedentes A transposição do período de mais de cinco anos não elimina os maus antecedentes, mas tão somente a reincidência, conforme inteligência do artigo 64, inciso I, do Código Penal Inexistência de bis in idem Circunstância agravante relativa ao cometimento do delito durante estado de calamidade pública configurada, diante de suas natureza objetiva Regime semiaberto adequado e compatível com a gravidade do delito perpetrado e, ainda, com os maus antecedentes e a reincidência específica do apelado Impossibilidade de aplicação do instituto da detração RECURSO MINISTERIAL PROVIDO

O recorrente foi condenado, pelo magistrado de primeiro grau, como incurso no art. 155, *caput*, do Código penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão, no regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Interposta apelação pelo Ministério Público Estadual, foi provida para

"DECLARAR o apelado ALESSANDRO FERRAZ CARVALHO incurso na prática do delito previsto no artigo 155, *caput*, c. c. artigo 61, incisos I e II, alínea "j", ambos do Código Penal, CONDENANDO-O ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 12 (doze) dias-multa" (fl. 285).

No recurso especial, a defesa sustenta violação dos arts. 33, 59, 61, II, *j*, 64, I, e 65, III, *d*, do CP e do art. 387, § 2º, do CPP, aduzindo, em suma: a) ausência de fundamentação idônea para o aumento da pena-base; b) ausência de comprovação do liame entre o delito e a situação de calamidade decorrente da pandemia do COVID-19; c) possibilidade de compensação integral entre a reincidência (ainda que específica) e a confissão; d) "em razão do tempo que o recorrente ficou provisoriamente recluso, ele deve iniciar o cumprimento da pena em regime aberto" (fl. 356).

Requer o provimento do recurso para "fixar a pena-base no mínimo legal, afastar o reconhecimento da agravante da calamidade pública, compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade" (fl. 357).

Contrarrazões apresentadas (fls. 361-383).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho

infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os arts. 33, 59, 61, II, *j*, 64, I, e 65, III, *d*, do CP e o art. 387, § 2º, do CPP, pleiteando o provimento do recurso para "fixar a pena-base no mínimo legal, afastar o reconhecimento da agravante da calamidade pública, compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade" (fl. 357).

É uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade" (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível, portanto, em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. (...). PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. ÓBICE AO REEXAME DETIDO DE PROVAS NESTA VIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, 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. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

2. Uma vez reconhecido o privilégio pelo Conselho de Sentença, compete do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, dentro do seu livre convencimento, aplicar fundamentadamente a redução de pena prevista no § 1º do artigo 121 do Código Penal, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), devendo a escolha do quantum de diminuição se basear na relevância do valor moral ou social, na intensidade do domínio do réu pela violenta emoção, ou no grau da injusta provocação da vítima.

3. Na hipótese, a Corte estadual apontou motivação concreta para manter a fração de 1/6 na diminuição da pena em virtude do privilégio, sendo certo que para rever o quantum de redução escolhido pelas instâncias ordinárias seria necessário o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, providência inviável em habeas corpus.

4. Agravo desprovido.

Quanto à dosimetria, extrai-se do acórdão (fls. 275-285):

*Na primeira fase da dosimetria, o juiz sentenciante fixou a reprimenda basilar em seu patamar mínimo legal. Contudo, a r. sentença merece reparo neste ponto, haja vista que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, em especial pela existência de **maus antecedentes**, conforme se verifica da extensa folha de antecedentes do acusado, acostada à fls. 43/57. Desta feita, fixa-se a reprimenda basilar acima de seu patamar mínimo legal, na fração de 1/6 (um sexto), passando a dosá-la em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.*

*Note-se que a **passagem de mais de cinco anos não elimina os maus antecedentes, ao contrário do que ocorre quanto à reincidência**. Aliás, o período depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal serve, exatamente, para distinguir as condenações não atingidas por ele, que caracterizam a agravante da reincidência, daquelas por ele atingidas, que passam a configurar apenas maus antecedentes (como no caso em tela), os quais podem e devem ser utilizados como circunstâncias desfavoráveis na fixação da pena-base, afastando-se, assim, a tese da defesa de bis in idem e de desconsideração dos maus antecedentes.*

Como se percebe de sua extensa folha de antecedentes, o apelado possui inúmeras condenações cujo trânsito em julgado já transcorreu o prazo legal de 05 (cinco) anos para reconhecimento da reincidência, consoante artigo 64, inciso I, do Código Penal.

No entanto, o entendimento que prevalece tanto em sede doutrinária quanto na seara jurisprudencial é de que o Código Penal, quanto aos maus antecedentes, filiou-se ao sistema da perpetuidade, ou seja, o decurso do prazo de cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena não elide a circunstância desfavorável em comento.

Vale dizer, ao contrário do que ocorre com a reincidência, os maus antecedentes acompanham o agente por toda a vida, pois atestam sua vida pregressa e sua personalidade orientada ao ilícito.

[...]

*Na segunda fase da dosimetria da pena, incidiu a circunstância atenuante da confissão espontânea, a qual foi plenamente compensada pela circunstância agravante da reincidência. Contudo, a r. sentença carece de novo reparo. **Primeiramente, imperioso o reconhecimento da circunstância agravante relativa ao cometimento do delito durante estado de calamidade pública, eis que referida agravante possui natureza objetiva, estampada no artigo 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal e, diante da notória calamidade pública gerada pela pandemia do vírus covid-19, mostra-se absolutamente desarrazoado afastá-la.***

Com efeito, na alínea “j” do inciso II do art. 61 do Código Penal, encontra-se previsão para a agravação da pena diante de circunstâncias que representem o aproveitamento por quem realiza o crime da existência de uma situação de perigo comum. Cabe notar não ser necessário que o sujeito crie a situação de perigo, mas que apenas a aproveite. As calamidades públicas impõem o dever social de mútua assistência, e o cometimento do crime nessas circunstâncias demonstra insensibilidade para com os mandamentos emanados da

solidariedade social. A calamidade produz situação de incapacidade, total ou parcial, e a exigência de abstenção da conduta é maior do que no caso de não concorrerem tais circunstâncias. Na situação especial, o apelante aproveitou-se de acontecimentos de especial relevo para a vida da população. O acontecimento e seus efeitos maléficos devem, obrigatoriamente, ser conhecidos por quem deles conscientemente aproveita-se.

[...]

Desta feita, passa-se a compensar referida circunstância agravante com a circunstância atenuante da confissão espontânea, permanecendo a reprimenda, por ora, no patamar anteriormente fixado. Por outro lado, resta incidente, ainda, a circunstância agravante da reincidência, a qual, sendo específica, mereceria, inclusive, maior rigor punitivo, diante da insistência do acusado em praticar reiteradamente o mesmo delito. Contudo, como não houve pleito ministerial quanto à fração de exasperação a ser utilizada, pauta-se nesta oportunidade pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, qual seja 1/6 (um sexto), passando a dosar a reprimenda em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e o pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria da pena, não incidem causas de aumento ou diminuição da reprimenda, a qual, diante da inexistência de outras causas modificadoras, torna-se definitiva.

Cumpre ressaltar que não há no ordenamento jurídico pátrio lei que estabeleça frações específicas para exasperação da pena, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

Diante do delito praticado pelo apelado, não é caso de substituição da pena corporal por restritivas de direitos e de fixação de regime diverso do semiaberto, uma vez que referida substituição e a fixação de regime menos gravoso, além de incompatíveis com a gravidade do delito, seriam insuficientes para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, o apelado é detentor de extensa folha de antecedentes, portador de maus antecedentes e, ainda, reincidente específico. E nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso em comento.

Impende anotar, ainda, que, via de regra, o juízo de conhecimento da causa não é competente para aplicar a detração penal, mas sim o juízo da execução. E, in casu, a nova dosimetria da reprimenda, com sua consequente exasperação, enseja sua não aplicação.

Com efeito, a inovação normativa inserida pela Lei nº 12.736/12, que acresceu o parágrafo 2º ao artigo 387 do Código de Processo Penal, permitindo a aplicação do instituto da detração já no momento da prolação da sentença condenatória pelo juízo de conhecimento, deve ser interpretada sistematicamente com a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), bem como com legislação extravagante. Nesse diapasão, o artigo 112 da LEP determina que o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário, requisito essencial para a concessão de progressão de regime prisional.

Nesta toada, frisa-se que a demonstração efetiva dos requisitos supramencionados é encargo probatório do apelado, de tal modo que, não preenchidos os pressupostos legais, não há como fixar-se regime inicial mais benéfico para o cumprimento da pena.

Assim, nada impede que eventual pleito de aplicação do raciocínio previsto no artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal seja formulado em sede de Execução Penal, na qual poderão ser analisadas, se o caso, pretensões de detração da pena e de eventual modificação de regime.

Ante o exposto, pelo meu voto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso Ministerial, a fim de DECLARAR o apelado ALESSANDRO FERRAZ CARVALHO incurso na prática do delito previsto no artigo 155, caput, c. c. artigo 61, incisos I e II, alínea "j", ambos do Código Penal, CONDENANDO-O ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, arbitrados no valor mínimo legal permitido.

Verifica-se que a pena-base sofreu acréscimo de 1/6 em razão dos maus antecedentes.

Quanto ao ponto, "A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes. Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.818/SC (Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe 31/8/2020), em regime de repercussão geral, firmou tese no sentido de que não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" (AgRg no HC n. 908.220/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/11/2024, DJe de 18/11/2024.)

Além disso, a tese de "direito ao esquecimento" não se aplica no caso concreto, pois a defesa não comprovou o transcurso de 10 anos desde a última condenação, conforme recente entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte. Veja-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. "DIREITO AO ESQUECIMENTO". NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO. SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que as condenações atingidas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração dos maus

antecedentes, nos termos do art. 59, do CP.

2. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no exame do RE n. 593.818 (Tema n. 150 - repercussão geral), de relatoria do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, publicado no DJE de 23/11/2020, fixou a tese de que não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. No referido julgamento, em Sessão Virtual de 14.4.2023 a 24.4.2023, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração apresentados, tão somente para corrigir omissão, e fazer constar no Tema 150 da repercussão geral a fixação da tese nos seguintes moldes: Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal, DJE de 05/05/2023.

3. Dessa forma, pode o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime.

4. Quanto à aplicação do denominado "direito ao esquecimento", ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior posicionaram-se no sentido de que a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o lapso temporal transcorrido entre extinção da pena anteriormente imposta e a prática do novo delito, qual seja mais de 10 anos.

5. A hipótese vertente não comporta a pretendida relativização excepcional das condenações antigas, fundada na teoria do direito ao esquecimento. In casu, não se verifica o incremento desarrazoado da pena-base pelos maus antecedentes, uma vez que, entre a extinção da referida pena (16/5/2013) e a prática da conduta apurada nos presentes autos (4/11/2020), não transcorreram mais de 10 anos, podendo tal condenação ser utilizada para a negatificação da circunstância judicial.

[...]

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 2.720.056/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/9/2024, DJe de 1/10/2024.)

A análise das razões motivadas na origem indica que se encontram em linha com o entendimento desta Corte, a indicar a incidência da Súmula nº 83/STJ.

Na segunda fase da dosimetria, deve ser afastada a agravante prevista no art. 61, II, *j*, do CP, pois não restou comprovado no acórdão que o agente se prevaleceu do estado de calamidade pública gerado para o cometimento do crime, conforme exige a jurisprudência desta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. PRETENSÃO RECURSAL ENVOLVENDO MATÉRIAS ANTERIORMENTE APRECIADAS PELA CORTE SUPERIOR EM HABEAS CORPUS CONEXO. REITERAÇÃO COM IDÊNTICOS FUNDAMENTOS E PEDIDOS NO RECURSO ESPECIAL. PREJUDICIALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. AGRAVANTE. CALAMIDADE PÚBLICA. ART. 61, INCISO II, ALÍNEA "J", DO CP. NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

[...]

5. Verificada, de ofício, a ocorrência de ilegalidade quanto à incidência da agravante da calamidade pública, na segunda fase da dosimetria, revela-se necessária a concessão de habeas corpus quanto a esse aspecto.

6. É firme jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que a incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea "j", do CP pressupõe a existência de situação concreta que demonstre que o agente se prevaleceu do estado de calamidade pública gerado pela pandemia para o cometimento do crime, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes.

7. Na espécie, o Tribunal a quo manteve a aplicação da agravante do estado de calamidade pública, na segunda fase da dosimetria, em decorrência unicamente do fato de o delito ter sido praticado na vigência do estado de calamidade, decretado em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Inidônea, portanto, a incidência da agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea "j", do CP, na hipótese dos autos, mostrando-se de rigor o seu decote.

8. Agravo regimental não conhecido e concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus, para afastar a incidência da agravante da calamidade pública, redimensionando as penas do recorrente.

(AgRg no AREsp n. 2.458.453/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024.)

Quanto à possibilidade de compensação integral entre a reincidência (ainda que específica) e a confissão, ausente interesse recursal, uma vez que ambas foram fixadas, na Corte de origem, no patamar de 1/6.

Assim, considerando a pena-base fixada na origem (1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa), e afastando-se, na segunda fase, a agravante da calamidade pública, fica a pena mantida no mesmo patamar, em razão da compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência. Na terceira fase da dosimetria da pena, não incidem causas de aumento ou diminuição da reprimenda, tornando-se a pena fixada definitivamente em 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

No que se refere ao regime prisional, diante da reincidência e dos maus

antecedentes, não se verifica ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto. Veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. RÉGIME PRISIONAL SEMIABERTO. RÉU COM MAUS ANTECEDENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. TEMA NÃO ANALISADO PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. 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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente e reconhecidamente com maus antecedentes, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor. Por certo, nos termos do reconhecido no acórdão ora impugnado, a fixação do regime prisional intermediário revelou-se bastante benéfico ao réu, já que seria cabível, inclusive, a imposição do meio prisional fechado.

[...]

6. Writ não conhecido.

(HC n. 451.886/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 14/9/2018.)

Por fim, "Não há como, na via eleita, efetuar a detração penal, tendo em vista a impossibilidade de se analisar o contexto fático-probatório dos autos, a fim de operar a redução da pena final com o efetivo tempo de prisão provisória da apenada, tendo em vista o óbice contido na Súmula 7/STJ" (AgRg no REsp n. 2.113.425/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 3/9/2024, DJe de 10/9/2024.)

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial para reduzir a pena do réu ao patamar de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime

semiaberto, e 11 dias-multa.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0357725-2

REsp 2.038.058 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15023709420208260544 1502370942020826054429952020
1502370942020826054450000 20210000963348 20220000091973 29952020

PAUTA: 18/02/2025

JULGADO: 18/02/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALESSANDRO FERRAZ CARVALHO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELY GALVÃO MOTA CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.