



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.327 - MS (2016/0258243-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MEZAQUE DOS SANTOS DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. *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. 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.
3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.
4. Quanto ao meio de desconto da sanção corporal, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.
5. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.327 - MS (2016/0258243-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : MEZAQUE DOS SANTOS DE SOUZA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **MEZAQUE DOS SANTOS DE SOUZA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, inicialmente no regime semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal (e-STJ, fls. 198-211).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa (e-STJ, fls. 332-336).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que o paciente está submetido a manifesto constrangimento ilegal, em razão da fixação do regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente, bem como da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que seja fixado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pleito liminar indeferido (e-STJ, fls. 336-337).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fl. 348).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.327 - MS (2016/0258243-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : MEZAQUE DOS SANTOS DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. *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. 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.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.

4. Quanto ao meio de desconto da sanção corporal, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

5. *Writ* não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e obedecido o critério trifásico, fixo-lhe as penas.

A teor da súmula 444 do E. STJ, inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados como antecedentes penais negativos para fins de exarcebação da pena base, sendo certo que no caso em tela o acusado não possui contra si proferida qualquer sentença penal condenatória, logo, deve ser considerado de "bons antecedentes".

As circunstâncias e conseqüências do crime foram graves, haja vista o valor da *res furtiva* (R\$ 2.038,55 - fls. 42/43) e a modalidade de execução do tipo penal.

Ademais, tendo sido reconhecidas duas qualificadoras no delito de furto narrado na denúncia, nos termos da jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas do E. STJ ('), uma delas - escalada (art. 155, § 4º, II) será considerada como circunstância judicial.

O comportamento da vítima não influiu no evento.

Os motivos do crime são normais ao tipo penal.

Não há elementos concretos nos autos para aferir com efetividade a conduta social e personalidade do agente.

O comportamento da vítima não influiu no evento.

Em tal contexto, as circunstâncias judiciais não são plenamente favoráveis ao acusado, fundamento pelo qual fixo as penas-bases acima do mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

2ª Fase - Atenuantes e Agravantes

Em favor do acusado incide a atenuante da confissão a que alude o art. 65, III, "d", do Código Penal, posto que confessou espontaneamente a autoria do delito. Diante do exposto, na segunda fase da fixação da pena, faço incidir a atenuante reconhecida e reduzo as penas aplicadas em 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias-multa.

3ª Fase - Causas De Diminuição E Aumento De Pena Na terceira fase da fixação da pena, não havendo elementos a serem considerados, torno as penas definitivas em 02 (dois) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a minguar de outros elementos que influenciem na sua fixação.

Tendo em vista a situação econômica do denunciado, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal, ou seja, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, que deverá ser devidamente corrigido, na forma do § 2º do art. 49 do Código Penal.

Fixo o regime semiaberto para cumprimento da pena, haja vista que o montante da pena aplicada se enquadra no disposto na alínea "c" do § 2º do art. 33 do Código Penal, entretanto, as circunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis" **(e-STJ, fls. 205-206)**.

"[...] No tocante a MEZAQUE, impôs-se o regime prisional semiaberto em atenção à análise negativa das circunstâncias e conseqüências do crime, cujos fundamentos já foram objeto de análise anterior, não havendo de ser reconhecida, portanto, qualquer ilegalidade.

Pela mesma razão resta "incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando, a despeito de a pena não ultrapassar 04 (quatro) anos, forem desfavoráveis parte dos elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais do art. 59, do Código Penal" (e-STJ, fl. 324).

Com efeito, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

In casu, a pena-base foi exasperada à título de circunstâncias do crime, sem que se possa falar em carência de fundamento idôneo para tal mister. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. LEGALIDADE. CONDUTA SOCIAL. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATOS ANTERIORES AO CRIME. QUALIFICADORA SOBRESSALENTE UTILIZADA PARA AUMENTAR A PENA-BASE. POSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPROCEDÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA.

1. O acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, salientando a presença de condenações com trânsito em julgado, por fatos anteriores, como conduta social negativa.

2. **A jurisprudência desta Casa firmou-se no sentido de que, em caso de existência de duas circunstâncias qualificadoras, uma delas por ser utilizada para qualificar o delito e a outra para exasperar a pena-base.**

3. Correto o indeferimento da incidência da circunstância atenuante referente à confissão espontânea, uma vez que o agravante nega a autoria delitiva.

4. Não cumpridos os requisitos exigidos pelo art. 255 do RISTJ, não há que se falar em existência de divergência jurisprudencial.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 670.201/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017, grifou-se)

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO ANALISADAS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. EFEITOS INFRINGENTES. CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal - CPP, e erro material, conforme art. 1.022, III, do Código de Processo Civil - CPC.

2. Demonstrada a hipótese de omissão, diante da procedência do argumento ora analisado, são cabíveis efeitos infringentes.

3. **No homicídio duplamente qualificado, a circunstância utilizada para qualificar o delito não pode ser utilizada também para exasperar a pena-base, sob pena de bis in idem. Todavia, inexiste óbice para que a qualificadora remanescente possa ser adotada como circunstância judicial desfavorável.**

4. São incabíveis embargos de declaração para que o Superior Tribunal de Justiça enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para reduzir a exasperação da pena-base, com reflexos na pena definitiva."

(EDcl no AgRg no AREsp 466.477/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017, grifou-se)

Quanto ao meio de desconto da sanção corporal, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.**

2. **Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.**

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se)

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. *WRIT* DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do CP.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0258243-3

HC 373.327 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00174398920158120001 174398920158120001

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: MEZAQUE DOS SANTOS DE SOUZA
CORRÉU	: WELTON DIAS DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.