



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.589.304 - SP (2016/0079013-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : PAULO CESAR GOMES DA SILVA
ADVOGADO : FRANKLIN PRADO SOCORRO FERNANDES E OUTRO(S) - SP234907
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. INSURGÊNCIA QUANTO A PEDIDO ACOLHIDO NO *DECISUM* SINGULAR. INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA.

1. Deixando a parte agravante de impugnar especificamente o fundamento da decisão agravada para o não acolhimento do pedido de fixação de regime menos gravoso, é de se aplicar a Súmula n. 182/STJ.

2. Inexiste interesse de agir do agravante quanto ao pleito de reconhecimento da atenuante de pena, uma vez que este ponto do recurso especial foi acolhido na decisão monocrática.

EMBRIAGUEZ AO CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE EM PERCENTUAL ACIMA DO LIMITE LEGAL. TIPICIDADE. IRRETROATIVIDADE DA LEI N. 12.760/12.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, após a edição da Lei n. 11.705/2008, que alterou a redação original do art. 306 do CTB, a simples conduta de dirigir veículo automotor em via pública com concentração de álcool maior ou igual a 6 decigramas por litro de sangue passou a ser suficiente à configuração do injusto penal, sendo, pois, prescindível a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado.

2. Não há que se falar em retroatividade da Lei n. 12.760/12, devendo ser aplicada a lei vigente à época dos fatos, *in casu*, o art. 306 do CTB, com redação dada pela Lei n. 11.705/08. Precedentes.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE.

Inexiste violação ao art. 59 do CP quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal e dentro dos limites estabelecidos no tipo penal foi devidamente embasada na valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais, ou seja, em elemento que extrapola o tipo penal, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. NÃO CABIMENTO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a substituição da pena corporal deve atender aos requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 44 do CP.

2. Na espécie, não obstante o *quantum* da pena imposta seja inferior a 4 anos, o que atende ao requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do CP, trata-se de agravante reincidente e com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos antecedentes criminais, não se encontrando presentes as condições firmadas nos incisos II e III do referido dispositivo legal.

3. Tendo sido considerado, a partir da análise das circunstâncias concretas do caso, que a medida não se mostra suficiente ou socialmente recomendável, se afigura incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, § 3º, do Estatuto Repressivo.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.589.304 - SP (2016/0079013-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : PAULO CESAR GOMES DA SILVA
ADVOGADO : FRANKLIN PRADO SOCORRO FERNANDES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por PAULO CESAR GOMES DA SILVA contra a decisão singular de fls. 393/408 por meio da qual foi dado parcial provimento ao recurso especial defensivo, apenas para fixar a pena corporal em 7 meses de detenção, ficando mantidos os demais termos da condenação pela prática do delito previsto no art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Em síntese, o agravante reitera as razões trazidas no apelo nobre, acerca da atipicidade da conduta, carência de fundamentação na fixação da pena-base acima do mínimo legal, possibilidade de fixação do regime prisional aberto e da substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, bem como para que seja reconhecida a atenuante de pena relativa à confissão espontânea.

Requer, ao final, o provimento do regimental para que seja integralmente provido o recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.589.304 - SP (2016/0079013-3)

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):

Os elementos existentes nos autos indicam que o agravante foi denunciado pela prática das condutas descritas nos artigos 306 e 309 da Lei n. 9.503/97, na forma do art. 70 do Código Penal, por ter conduzido veículo automotor na via pública com concentração de álcool no sangue superior ao limite previsto em lei e com a habilitação para dirigir vencida, gerando perigo de dano. Na ocasião, teria trafegado em alta velocidade e em "zigue-zague", sendo que, ao notar a aproximação policial, empreendeu fuga trafegando em alta velocidade, até ser interceptado por viaturas.

Julgada parcialmente procedente a imputação, o agente foi condenado pela incursão nas sanções do art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, às penas de 10 meses e 20 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e suspensão ou proibição do direito de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 anos.

Inconformado, o apenado interpôs apelação à qual foi dado parcial provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apenas para reduzir para 3 meses e 16 dias o prazo da suspensão ou proibição de dirigir.

Opostos embargos de declaração, não foram conhecidos.

Em recurso especial, fulcrado no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, a defesa sustentou a ocorrência de divergência jurisprudencial e contrariedade ao disposto nos artigos 306, da Lei n. 9.503/97, e 2º, parágrafo único, 44, 59, 65, inciso III, alínea d, e 67, do Código Penal, bem como ao art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e à Súmula n. 440/STJ, aduzindo que, ao contrário do firmado pela Corte *a quo*, a conduta praticada, consistente na condução de veículo automotor com concentração de álcool no organismo em montante superior aos limites estabelecidos na lei, deve ser considerada atípica em razão do advento da Lei n. 12.760/12.

Alegou, ademais, que os antecedentes criminais não poderiam ter sido utilizados para fins de elevação da pena-base, com a valoração negativa da sua conduta social.

Arguiu, ainda, a incidência da atenuante de pena relativa à confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea, eis que esta serviu de fundamento para a condenação, não havendo que se falar em confissão qualificada.

Por fim, defendeu o cabimento de regime prisional aberto, diante da inexistência de reincidência específica, e da substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Contra-arrazoada a insurgência, após o juízo positivo de admissibilidade, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo parcial conhecimento da irresignação e, nessa extensão, pelo seu parcial provimento.

Por decisão monocrática desta Relatoria, o recurso especial foi parcialmente provido, apenas para afastar a valoração negativa da conduta social do agente e reconhecer a atenuante relativa à confissão espontânea, reduzindo-se a pena-base e fixando-se a sanção corporal definitiva em 7 meses de detenção.

Daí a apresentação deste agravo regimental.

O inconformismo, porém, não merece prosperar.

Primeiramente, porque, no tocante ao pedido de fixação do regime prisional aberto, verifica-se que a decisão agravada negou a pretensão defensiva com fundamento na Súmula n. 284/STF, uma vez que nas razões recursais o agravante não indicou os dispositivos legais que teriam sido contrariados ou tido sua vigência negada, não tendo se desincumbido do ônus de demonstrar, objetivamente, de que modo, considerando as peculiaridades do caso concreto, o acórdão recorrido teria contrariado ou negado vigência a tratado ou lei federal na fixação do regime prisional, o que impossibilita a sua apreciação por esse Sodalício.

Contudo, na petição regimental, o agravante não logrou atacar tal fundamento do *decisum*, qual seja, o óbice da Súmula n. 284/STF para o processamento do recurso especial, limitando-se a repetir os argumentos do apelo nobre.

Dessarte, o pleito esbarra em impedimento formal intransponível nesse ponto, qual seja, na ausência de impugnação específica dos fundamentos adotados para negar provimento ao recurso especial.

Oportuno deixar assente que a parte, ao recorrer, deve demonstrar o desacerto da decisão contra a qual se insurge, contestando todos os óbices por ela levantados, sob pena de vê-la mantida.

Por conseguinte, é de rigor a incidência da Súmula n. 182 desta Corte, *in verbis*: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos da decisão agravada."

Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.540.478/MS, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 23/10/2015; e AgRg no AREsp 689.030/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/08/2015.

Além disso, há que se considerar a inexistência de interesse de agir do agravante quanto ao pleito de reconhecimento da atenuante de pena relativa à confissão espontânea, uma vez que este ponto foi acolhido no julgamento do recurso especial, não havendo nada mais a prover nesse sentido.

Por sua vez, acerca da alegação de atipicidade da conduta, cumpre transcrever o quanto restou assentado pela Corte de origem, *litteris*:

O recorrente foi condenado porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, conduziu veículo automotor, na via pública, estando com concentração de 2,16 gramas de álcool por litro de sangue, portanto, acima do limite previsto em lei, consoante a redação do artigo 306, da Lei nº 9.503/97, vigente ao tempo dos fatos, anterior à Lei nº 12.760, de 20.12.2012. [...]

Destarte, a singela leitura dos textos legais ora consignados permite concluir (com facilidade, diga-se) que a nova redação dada ao artigo 306, da Lei nº 9.503/97, pela Lei nº 12.760/2012, ao reverso do que sustenta a d. defesa, não criminalizou uma conduta antes atípica (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada) (sic), assim como não tornou atípica uma conduta antes criminosa (conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas) (sic, fl. 103), mas somente tornou mais claro o tipo penal, tanto assim que preservou o critério objetivo anteriormente adotado para a configuração do delito, e o deslocou para inciso I, do novo § 1º, do dispositivo legal em tela, que, aliás, ampliou os meios de constatação de alteração da capacidade psicomotora decorrente da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, providência que, só por só, revela a intenção do legislador em reprimir de forma mais eficaz a conduta que é, sabidamente, causadora de muitas mortes, decorrentes de acidentes de trânsito provocados por motoristas embriagados.

Portanto, não há se cogitar de atipicidade de conduta, na espécie. (fls. 177 a 180)

Verifica-se, pois, que o Tribunal *a quo* manteve a condenação por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerar que, mesmo com o advento da Lei n. 12.760/12, o qual deu nova redação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o delito de embriaguez ao volante se configura somente com a constatação da presença de álcool no organismo do agente em percentual superior ao limite estabelecido em lei, não sendo necessária a comprovação de que este conduzia o veículo com a capacidade psicomotora alterada.

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que, após a edição da Lei n. 11.705/2008, que alterou a redação original do art. 306 do CTB, a simples conduta de dirigir veículo automotor em via pública com concentração de álcool maior ou igual a 6 decigramas por litro de sangue passou a ser suficiente à configuração do injusto penal, sendo, pois, prescindível a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado.

Nessa linha, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9503/97 - CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDUTA. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE IGUAL OU SUPERIOR A 6 DECIGRAMAS. EXAME DE SANGUE. FATO TÍPICO. PRESENTE JUSTA CAUSA. PROVIMENTO.

1 - Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato e dispensa a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, configurando-se pela condução de veículo automotor em estado de embriaguez.

2 - Considerando que o recorrido foi submetido a exame de sangue (Exame Toxicológico Dosagem Alcoólica n. 760/2012) e que a denúncia traz indícios concretos de que o paciente foi flagrado dirigindo veículo automotor com concentração de álcool igual a 1,6 g/l por litro de sangue - valor esse superior ao que a lei permite -, há justa causa para a persecução penal do crime de embriaguez ao volante.

3 - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1467980/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/11/2014, DJe 17/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9.503/97. PROVA DE PERIGO CONCRETO À SEGURANÇA PÚBLICA. PRESCINDIBILIDADE. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO A AMBAS AS ALÍNEAS AUTORIZADORAS. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de ser prescindível, após o advento da Lei nº 11.705/2008, a comprovação de perigo concreto à segurança pública para a consumação do delito previsto no art. 306 do CTB, bastando a prova da embriaguez, por se tratar de crime de perigo abstrato.

2. O enunciado n. 83 da Súmula do STJ aplica-se a ambas as alíneas autorizadoras. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 462.247/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/3/2014, DJe 7/4/2014)

O mesmo entendimento, aliás, é compartilhado pelo Supremo Tribunal

Federal:

Recurso ordinário em habeas corpus. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97). Alegada inconstitucionalidade do tipo por ser referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro _ delito de embriaguez ao volante_, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos.

3. Recurso não provido.

(RHC 110258, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 23-05-2012 PUBLIC 24-05-2012)

Ademais, não há que se falar em retroatividade da Lei n. 12.760/12, devendo ser aplicada a lei vigente à época dos fatos, *in casu*, o art. 306 do CTB com redação dada pela Lei n. 11.705/08.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. FATO PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.705/2008. IRRETROATIVIDADE DA LEI N. 12.760/2012. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. RECURSO PROVIDO.

1. Em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da legalidade estrita, deve ser aplicada a redação do art. 306 do Código de Trânsito vigente à época do fato, ocorrido em 26/11/2011 - após o advento da Lei n. 11.705/2008 e antes do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

advento da Lei n. 12.760/2012 -, sob pena de configurar a retroatividade da novatio legis in pejus, expressamente vedada pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal e pelo art. 2º do Código Penal.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.111.566/DF, afirmou que, para a configuração do delito tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, anteriormente à alteração operada pela Lei n. 12.760, de 20/12/2012, é imprescindível a aferição da concentração de álcool no sangue, que poderá ser realizada por teste de etilômetro ou exame de sangue. Ressalva deste relator.

3. Evidenciada a imprescindibilidade de realização de teste de etilômetro ou exame de sangue para comprovar a materialidade do delito descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro em relação a fatos anteriores a 20/12/2012, afasta-se a decisão que considerou atípica a conduta do recorrido, ocorrida em 26/11/2011, haja vista que, na oportunidade, "foi submetido a exame com etilômetro, constatando-se que apresentava concentração de álcool por litro de ar expelido igual 0,63mg/l, o que equivale a 12,6 decigramas de álcool por litro de sangue".

4. Recurso especial provido apenas para, afastada a atipicidade da conduta do recorrido, determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento da apelação da defesa.

(REsp 1519461/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 27/10/2015)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 306 DO CTB. ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 12.760/2012. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA.

1. A ação de conduzir veículo automotor, na via pública, estando [o motorista] com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas (art. 306 da Lei n. 9.503/1997, na redação dada pela Lei n. 11.705/2008) não foi descriminalizada pela alteração promovida pela Lei n. 12.760/2012.

2. A nova redação do tipo legal, ao se referir à condução de veículo automotor por pessoa com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, manteve a criminalização da conduta daquele que pratica o fato com concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, nos termos do § 1º, I, do art. 306 da Lei n. 9.503/1997. Precedentes.

3. O crime de que ora se trata é de perigo abstrato, o que dispensa a demonstração de potencialidade lesiva da conduta, razão pela qual se amolda ao tipo a condução de veículo automotor por pessoa em estado de embriaguez, aferida na forma indicada pelo referido art. 306, § 1º, I, da Lei n. 9.503/1997.

4. Trata-se da aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, o que afasta a abolitio criminis reconhecida no acórdão recorrido.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1492642/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, constata-se que a Corte local, ao manter a condenação do recorrente, considerando desnecessária a comprovação da alteração da sua capacidade psicomotora, alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício sobre o tema.

No que se refere à alegação de que a pena-base teria sido fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, também não merece prosperar a irresignação.

Isso porque o Juízo sentenciante fixou a reprimenda inicial em 8 meses de detenção em razão da valoração negativa da conduta social e dos antecedentes do agravante. Veja-se:

Na primeira fase da fixação judicial da pena, são as circunstâncias do artigo 59 que devem ser analisadas. No caso concreto, considerando a péssima conduta social do acusado e seus maus-antecedentes (inclusive por condenação no mesmo delito que ora se julga, art. 306 do CTB), conforme demonstram a folha de antecedentes (fls. 02/08) e as certidões (fls. 18 e 53) nos autos em apenso, fixo a pena base acima do mínimo legal em 08 meses de detenção [...]. (fls. 101 e 102)

A dosimetria restou mantida pela Corte a quo, nos seguintes termos:

É que, embora justificadas as majorações aplicadas - de 1/4 sobre a básica, com esteio na péssima conduta social do acusado e seus maus antecedentes (fl. 37 do apenso), circunstâncias nem de longe afastadas pelo teor das declarações juntadas a fls. 88/91, firmadas por pessoas a ele ligadas, as quais, é obvio, têm interesse em favorecê-lo; (fl. 180)

No *decisum* ora agravado, a sanção básica foi reduzida para 7 meses de detenção, afastando-se a valoração negativa da conduta social e mantendo-se o reconhecimento dos maus antecedentes em razão da existência de condenação criminal anterior. Nesse ponto, transcreve-se da referida decisão singular, *litteris*:

Verifica-se, pois, que o Tribunal estadual manteve a elevação da pena-base em 1/4 pela valoração negativa da conduta social e antecedentes do agente, considerando as anotações criminais constantes na Folha de Antecedentes. Todavia, observa-se que os apontamentos de suas Folhas de Antecedentes Criminais em que se lastreou a exasperação da pena-base correspondem a apenas uma condenação penal anterior já transitada em julgado (fl. 9 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenso), valorada como mau antecedente, tendo em vista que a segunda condenação (fl. 10 do apenso) foi utilizada na segunda etapa da dosimetria.

Assim, os demais registros criminais existentes não correspondem a condenações penais anteriores já transitadas em julgado, motivo pelo qual não se mostram hábeis a justificar a valoração negativa da conduta social do recorrente. (fl. 402)

Desse modo, infere-se que a exasperação da pena-base em 1 mês encontra-se devidamente fundamentada na existência de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, os antecedentes do agente.

Cabe ressaltar que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Desse modo, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, deve o magistrado, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

De mais a mais, a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, sendo permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.

Assim, quanto à suposta violação ao art. 59 do CP, não se vislumbra a ocorrência de qualquer mácula na hipótese dos autos, uma vez que a fixação da pena-base acima do mínimo legal e dentro dos limites estabelecidos no tipo penal foi devidamente embasada na valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais, ou seja, em elemento que extrapola o tipo penal, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação matemática, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculos aritméticos levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

2. Ao analisar as circunstâncias do crime, as instâncias ordinárias consignaram que a vítima foi morta próxima a sua residência, tendo sido alvejada por 5 tiros e atingida por três, o que não há qualquer ilegalidade, uma vez que o fato de haverem sido efetuados diversos disparos de arma de fogo contra a vítima do crime de homicídio, perto de sua casa, justifica a conclusão pela desfavorabilidade das circunstâncias do delito.

3. **A Corte de origem sopesou negativamente as circunstâncias do crime, utilizando fundamentação suficiente a justificar a imposição da reprimenda acima do mínimo legal. Portanto, é possível concluir pela compatibilidade entre os motivos do incremento na pena-base do réu e o princípio da individualização da pena - ex vi art. 5º, XLVI, da CF, e art. 59 do CP.**

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 690.046/PA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. (I) QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (II) REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **Consoante o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Veja-se que, na espécie, o magistrado incrementa a pena-base do delito descrito no artigo 150, § 1º do Código Penal, em 06 (seis) meses, com fundamento no arrombamento e nos maus antecedentes, bem como agrava a reprimenda em 06 (seis) meses, com base na reincidência pelo cometimento do crime de roubo, fatos idôneos e concretos que justificam a exasperação da pena.[...]**

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 938.790/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016)

Por fim, quanto ao pedido de substituição da pena corporal por restritiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos, colhe-se do acórdão proferido na instância ordinária:

*Correto, ainda, o regime imposto para o início da expiação (semiaberto), porque estribado não só nas circunstâncias judiciais desfavoráveis que ensejaram a majoração da básica, mas também na **recidiva**, fundamentos mais que suficientes para justificar o rigor adotado na fixação da regência carcerária e, ainda, **para afastar a substituição desta por restritivas de direitos, porquanto emerge evidente que a medida não é suficiente ou socialmente recomendável**, consoante o disposto no artigo 44, III, do Código Penal.*

Ademais, não custa lembrar, o legislador deixou bem claro que a regência carcerária não é mero consectário do quantum da reprimenda, ex vi do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, estando, portanto, sujeita ao preenchimento dos pressupostos do artigo 59, combinado com o seu inciso III, do mesmo código, os quais, como se viu, não beneficiam o acusado.

Verifica-se, pois, que a Corte estadual manteve a sentença que não concedeu a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, considerando que esta não se mostra suficiente ou socialmente recomendável na espécie, lastreando-se no disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Com efeito, cumpre registrar que este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a substituição da pena corporal deve atender aos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP.

No caso dos autos, não obstante o *quantum* da pena imposta seja inferior a 4 anos, restando atendido, portanto, o requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do CP, verifica-se que o agravante é reincidente e a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão dos antecedentes criminais, não se encontrando presentes as condições estabelecidas nos incisos II e III do referido dispositivo legal.

Desse modo, ao negar a substituição de pena, o Tribunal *a quo* alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, visto que, diante da análise das circunstâncias concretas do caso, tendo sido considerado que a substituição não se mostra suficiente ou socialmente recomendável, se afigura incabível a sua concessão, a teor do previsto no art. 44, § 3º, do Estatuto Repressivo.

Acerca da necessidade de atendimento aos requisitos do art. 44 do CP, confirmam-se os seguintes julgados do STJ:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE RECURSO. RECEPÇÃO. RÉU REINCIDENTE NA PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS MOTIVADO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos exige o preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, o que não se vislumbra quando o réu ostenta outra condenação transitada em julgado pela prática de crime doloso e o Magistrado processante concluiu não ser tal medida socialmente recomendável em face do delito anterior, nem suficiente à prevenção de novos delitos.

3. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, não ser cabível a conversão da pena corporal em restritiva de direitos, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, o que não se mostra viável em sede de writ. [...]

6. O Tribunal de origem considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando a reprimenda em meio mais gravoso.

(HC 337.869/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DAS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO ART. 40, IV E V, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO FUNDAMENTADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INTEGRANTES DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (COMANDO VERMELHO). DECISÃO FUNDAMENTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. PARECER ACOLHIDO. [...]

5. Ainda que a jurisprudência das Cortes Superiores seja no sentido de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas é inconstitucional, matéria esta já pacificada, **tal substituição só poderá ocorrer se forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal**, quais sejam: pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis. In casu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impossível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva ante a quantidade da pena imposta (4 anos e 6 meses de reclusão) e, ainda, em razão das circunstâncias concretas que rodearam o crime (tiros disparados pela contenção da boca de fumo, apreensão de duas armas de fogo de uso restrito, envolvimento de menor e participação em organização criminosa).

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 295.232/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015)

Dessarte, o indeferimento da substituição da pena pelo não atendimento dos requisitos legais coaduna-se com o entendimento do STJ sobre o assunto, não havendo que se falar em ilegalidade da decisão vergastada também nesse tocante, merecendo ser mantido o *decisum* agravado.

Portanto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0079013-3

AgRg no
REsp 1.589.304 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047401020108260306 0020000 20000 2142010 321/2010 3212010 47401020108260306
RI002FVZV0000

PAUTA: 25/10/2016

JULGADO: 25/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO CESAR GOMES DA SILVA
ADVOGADO : FRANKLIN PRADO SOCORRO FERNANDES E OUTRO(S) - SP234907
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PAULO CESAR GOMES DA SILVA
ADVOGADO : FRANKLIN PRADO SOCORRO FERNANDES E OUTRO(S) - SP234907
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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