



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 405.403 - SP (2017/0153065-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : CARLOS SUSSUMU YAMASHITA
ADVOGADO : DIEGO BULYOVSKI SZOKE - SP329054
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. DUPLA VALORAÇÃO DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No tocante à irregularidade apontada na dosimetria da pena em razão da dupla valoração da certidão de antecedentes, verifico que o tema não foi apreciado pela Corte de origem, o que obsta a sua análise no presente *mandamus*, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF.

No caso dos autos, inexistente constrangimento ilegal na fixação do regime inicial semiaberto, pois, embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, trata-se de paciente reincidente que teve a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o que justificaria, inclusive, a fixação do regime inicial fechado, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal e o entendimento jurisprudencial desta Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 02 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 405.403 - SP (2017/0153065-4)

AGRAVANTE : CARLOS SUSSUMU YAMASHITA
ADVOGADO : DIEGO BULYOVSKI SZOKE - SP329054
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto por CARLOS SUSSUMU YAMASHITA contra decisão monocrática, de fls. 101/105, que, em sede de agravo regimental interposto pelo impetrante, reconsiderou os fundamentos da decisão de fls. 86/90, e não conheceu do *habeas corpus*.

No presente agravo regimental, alega que a decisão merece ser reformada, uma vez que a matéria foi amplamente explorada pelo Tribunal de origem, considerando ainda a ampla devolução da matéria na análise do recurso de apelação, corolário do princípio do duplo grau de jurisdição.

Repisa os argumentos de que a certidão de antecedentes sofreu dupla valoração, uma como reincidência e outra como circunstância judicial, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade da ação penal a partir da sentença ou, subsidiariamente, seja redimensionada a pena, afastando o *bis in idem* e fixado o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, em observância ao enunciado de n. 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Postula, assim, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental pela Quinta Turma desta Corte, para conceder a ordem pleiteada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 405.403 - SP (2017/0153065-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, o agravante busca o reconhecimento de ilegalidade na dosimetria da pena, sob alegação de que a certidão de antecedentes sofreu dupla valoração, uma como reincidência e outra como circunstância judicial negativa. Pleiteia, ainda, a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

Decidida a tipificação, passo agora à dosimetria da pena, o que faço com base no art. 68 do CP.

O réu é reincidente, tendo em vista que o término do cumprimento da pena se deu em 08 de julho de 2013 (fls. 10/12 do apenso de flagrante).

*O réu, ex-investigador de Polícia, foi demitido a bem do serviço público, sendo esta a mais grave sanção imposta a qualquer servidor público no Estado de São Paulo, o que evidencia que o réu possui **conduta social e personalidade deturpada**. Assim, atenta aos preceitos do art. 59 do CP, fixo a pena-base em 01 ano e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias- multa.*

Não há atenuantes.

*Diante de sua **reincidência**, de rigor a exasperação da pena em 1/3, totalizando assim 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa.*

Torno a pena individual definitiva à míngua de outras causas de oscilação, mantendo a unidade do dia-multa em seu mínimo legal, tendo em vista a capacidade contributiva do réu, não comprovadamente abastada (fls. 10/11).

O Tribunal de Justiça estadual, por sua vez, manteve a pena aplicada e o regime prisional fixado, nesses termos:

Conjunto probatório consistente, a condenação, como imposta, é mesmo de rigor.

*Penas regularmente impostas, na primeira fase, acrescidas acima do mínimo legal, tendo em vista **a conduta social e personalidade***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deturpada do Apelante. Na segunda fase, as penas foram mais uma vez majoradas em 1/3, em considerando a reincidência real, resultando em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão e, 17 dias-multa, que se mostram necessárias e suficientes para a prevenção e reprovação do crime.

Da mesma forma, correta a imposição do regime semiaberto para início do cumprimento das penas, haja vista a reincidência do Apelante (fls. 21/22).

Inicialmente, quanto ao pedido de reconhecimento de ilegalidade na dosimetria em razão da dupla valoração da certidão de antecedentes, consoante se extrai do acórdão impugnado, a pena-base do agravante foi exasperada em 4 meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, em razão da valoração negativa da conduta social e da personalidade do agente, sob o fundamento de que o paciente "*foi demitido a bem do serviço público, sendo esta a mais grave sanção imposta a qualquer servidor público no Estado de São Paulo, o que evidencia que o réu possui conduta social e personalidade deturpada*" (fl. 11). Na segunda etapa da dosimetria, a pena foi agravada em razão do reconhecimento da reincidência, a qual se tornou definitiva ante a ausência de outras causas de aumento ou diminuição de pena.

Com efeito, verifica-se que a tese do agravante – dupla valoração da certidão de antecedentes, uma como reincidência e outra como circunstância judicial – não foi apreciada e sequer submetida ao Tribunal de origem, o que impede a análise da matéria por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ART. 244-B DO ECA. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. CRIME FORMAL. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO NO INCREMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA 443/STJ. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. CONCURSO MATERIAL ENTRE OS CRIMES. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE WRIT. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO CABÍVEL AOS RÉUS PRIMÁRIOS. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

8. O pedido de afastamento da agravante da reincidência não foi objeto de cognição pela Corte de origem, já que não logrou ser deduzido no apelo defensivo, o que obsta a apreciação de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

14. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto das penas impostas aos pacientes Carlos Roberto e Kaique, salvo se, por outro motivo, estiverem cumprindo pena reprimenda em regime mais severo (HC 397.348/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2017).

Sobre o regime prisional, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

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."

Súmula 718/STF: "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."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso dos autos, entretanto, inexistente constrangimento ilegal na fixação do regime inicial semiaberto, pois, embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, trata-se de paciente reincidente que teve a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o que justificaria, inclusive, a fixação do regime inicial fechado, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal e o entendimento jurisprudencial desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. **REGIME INICIAL FECHADO.** PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRETENSE MITIGAÇÃO DO MODO PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

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 da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Na hipótese, inviável o abrandamento do modo prisional, tendo em vista que, além de o paciente ser multirreincidente, a reprimenda básica foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável.

3. **Ressalta-se que o Enunciado Sumular 269/STJ permite a fixação do modo intermediário ao reincidente condenado à sanção inferior a 4 (quatro) anos, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não se verifica no caso concreto, sendo, portanto, descabida a aplicação da referida súmula.**

4. Recurso improvido (AgRg no HC 343.490/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/3/2016).

HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, III E IV, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Esclareça-se que, havendo duas qualificadoras, é possível que uma delas seja utilizada para qualificar o crime e a outra na primeira fase da dosimetria da pena.

3. **Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não é ilegal a estipulação do regime inicial fechado se existe circunstância judicial desfavorável e o réu é reincidente.**

4. Habeas corpus não conhecido (HC 349.525/DF, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/5/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PACIENTE COM UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO A SER SOPESSADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. RÉU COM MAUS ANTECEDENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.

[...]

7. Em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos, tratando-se de réu reincidente e com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal desfavoravelmente valoradas, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor.

8. O art. 44, III, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

No caso em análise, apesar de o art. 44, § 3º, do CP não impedir a substituição da pena aos reincidentes não específicos, desde que a medida seja socialmente recomendável, o fato de as instâncias ordinárias terem reconhecido como desfavoráveis os maus antecedentes e a culpabilidade do réu torna inadmissível a concessão do benefício, sem que possa inferir *bis in idem* ou arbitrariedade em tal conclusão.

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que seja restabelecida a pena imposta ao paciente na sentença condenatória (HC 455.412/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/9/2018)

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0153065-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AgRg no**
HC 405.403 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00653482420148260050 00966481300000000 20150000956824 653482420148260050
966481300000000

EM MESA

JULGADO: 02/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIEGO BULYOVSKI SZOKE
ADVOGADO : DIEGO BULYOVSKI SZOKE - SP329054
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS SUSSUMU YAMASHITA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CARLOS SUSSUMU YAMASHITA
ADVOGADO : DIEGO BULYOVSKI SZOKE - SP329054
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.