



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.910 - AM (2019/0109185-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOSEMAR BERCOT RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : JOSEMAR BERCOT RODRIGUES - AM005935
JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR - AM007557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
PACIENTE : MARIA JOSE SILVA DE SOUZA
OUTRO NOME : MARIA JOSE DANTAS DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO TENTADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA. REGIME FECHADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. *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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de ré primária, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial fechado.

4. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

5. No caso dos autos, verifica-se que está esgotada a jurisdição da Corte estadual, haja vista a interposição de recurso especial, pendente de julgamento. Tendo sido, pois, exaurida a jurisdição ordinária, não há óbice à execução provisória da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não tendo prevalecido nos tribunais superiores a tese de que seria necessário o julgamento do Recurso Especial para o início da execução da pena, como pretende o impetrante. Por fim, a mera expectativa de redução de pena no Recurso Especial, com repercussão no regime de cumprimento, não justifica a suspensão da execução da pena imposta.

6. *Habeas corpus* 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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR (P/PACTE)

Brasília (DF), 03 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.910 - AM (2019/0109185-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOSEMAR BERCOT RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES - AM005935
JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR - AM007557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
PACIENTE : MARIA JOSE SILVA DE SOUZA
OUTRO NOME : MARIA JOSE DANTAS DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **MARIA JOSÉ SILVA DE SOUZA** ou **MARIA JOSÉ DANTAS DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 11 anos de reclusão pela prática do crime do art. 121, § 1º, inciso I, c/c o art. 14, II, do Código Penal e, em razão do crime do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, foi-lhe aplicada a pena de 3 anos de reclusão, totalizando a pena de 14 anos de reclusão.

Inconformada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – ALEGADA INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES RECURSAIS – APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA – MERA IRREGULARIDADE – VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA – SÚMULA 523 DO STF – INAPLICABILIDADE – MUDANÇA DE ENDEREÇO NÃO INFORMADA – *NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS* – INDICAÇÃO DE NULIDADES NOS QUESITOS FORMULADOS – PRECLUSÃO – NULIDADES REJEITADAS.

1. Sendo a interposição do apelo tempestiva, como na hipótese, a apresentação extemporânea das respectivas razões consubstancia mera irregularidade e não tem o condão de prejudicar a apreciação do recurso. Precedentes.

2. Não se vislumbra prejuízo a ensejar a pretendida declaração de nulidade se nos atos em que o advogado constituído pela apelante Maria José Dantas da Silva não compareceu, a acusada esteve devidamente representada por Defensor Público, a quem fora oportunizado o exercício do contraditório e ampla defesa com o fim de resguardar os seus interesses.

3. A divergência quanto às teses defensivas assumidas por defensores distintos em momentos processuais diferentes não induz deficiência ou ausência de defesa técnica, na acepção da Súmula 523 do STF, notadamente quando, como ocorreu *in casu*, tenha o defensor público atuado de maneira diligente, adotando teses e estratégias que entendeu serem tecnicamente adequadas ao caso, conforme autonomia que lhe é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conferida.

4. Considerando a máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, consagrada no art. 565 do CPP, não pode a apelante, após furtar-se do processo durante toda a instrução criminal, pleitear a nulidade dos atos para os quais não logrou ser intimada, visto que, se a acusada não informou formalmente sua mudança de endereço, conforme determina o art. 367 do CPP, não cabe ao juízo diligenciar no sentido de localizar o seu paradeiro quando frustradas as tentativas de intimação no endereço constante dos autos. Precedentes.

5. Nos termos do art. 571 do CPP, nulidades por vícios na quesitação devem ser suscitadas assim que constatadas pela defesa, ainda no curso da sessão plenária de julgamento, sob pena de preclusão.

HOMICÍDIO TENTADO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – ACOLHIMENTO DE UMA DAS CORRENTES SUSTENTADAS EM PLENÁRIO COM AMPARO EM PROVAS CONTRADITADAS – SOBERANIA DO VEREDICTO – DECOTE DA QUALIFICADORA DE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA – AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA – QUADRILHA ARMADA – CONDENAÇÃO AMPARADA EM ELEMENTOS DE PROVA – PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA NA ARMA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO.

6. Ao instituir o Tribunal do Júri como competente para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, a Constituição Federal consagrou, em seu art. 5.º, XXXVIII, "c", a soberania dos seus vereditos, postulado esse que somente admite mitigação na hipótese em que a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, "d", CPP), o que poderá dar ensejo à anulação do julgamento.

7. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente divorciada do acervo probatório, que se afigura aberrante, absurda e arbitrária.

Se a decisão dos jurados, soberana que é, acolhe uma das correntes possíveis de interpretação da prova contraditada, não há se falar em anulação do julgamento, porquanto a lei faculta aos jurados decidir de acordo com suas livres convicções e independentemente de questões técnicas. Doutrina e jurisprudência.

8. Relativamente ao crime de homicídio tentado, o lastro probatório que permeia os autos é vasto e inclui, além dos vários depoimentos colhidos no curso da persecução penal, escutas telefônicas e fotografias que foram determinantes para a elucidação dos fatos e, via de consequência, para a formação da convicção dos jurados no que concerne à autoria do delito. Quanto à apelante Maria José Dantas da Silva, os jurados, amparados nesses elementos de prova, entenderam que a acusada, ciente dos planos acerca da empreitada delitiva, concorreu para a prática do crime ao indicar um dos corréus para executar a vítima, aderindo, dessa forma, à intenção homicida.

9. Por outro lado, não consta da denúncia nem dos autos que alguma recompensa tenha sido oferecida ou paga especificamente à apelante Maria José, que pareceu aderir ao delito em questão apenas em virtude da relação amorosa havida com o corréu Elson dos Santos Moraes, sendo de rigor o decote da qualificadora correlata, ante sua manifesta improcedência.

10. Quanto ao crime de quadrilha ou bando, embora seja dispensada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer avaliação técnico-jurídica por parte dos jurados, as investigações denotam que a trama arquitetada para a execução da vítima perdurou por aproximadamente um mês, circunstância que atribui à associação o caráter de permanência e estabilidade, não havendo, portanto, falar em julgamento contrário às provas dos autos nesse particular.

11. Outrossim, o emprego da arma de fogo para a execução do delito também pode ser extraído dos autos, sendo prescindível a realização de perícia para a configuração do delito. Precedentes.

DOSIMETRIA – PENA-BASE – FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL LEGITIMADA POR CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – TENTATIVA – PATAMAR DE REDUÇÃO FIXADO EM METADE – COMPATIBILIDADE COM O ITER CRIMINIS PERCORRIDO – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 288 DO CP – SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA – RETROATIVIDADE DO NOVO REGRAMENTO – APELAÇÕES CRIMINAIS CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS.

12. O julgador dispõe de certo grau de discricionariedade para escolher a quantidade de pena a ser imposta ao réu, dentro, é claro, das balizas contidas no preceito secundário do tipo penal. Trata-se de juízo de discricionariedade juridicamente vinculada, que permite ao magistrado aplicar a pena que entenda justa e necessária para a reprovação e prevenção do crime, podendo valer-se inclusive de critérios subjetivos, desde que o faça de maneira fundamentada, com base em elementos concretos e sempre à luz da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.

13. Ao negativar as circunstâncias do crime com base nos detalhes accertados para a sua execução, o julgador singular considerou o preparo e a premeditação do delito, circunstâncias estas idôneas à exasperação da pena-base, visto que não integram o tipo penal e revelam gravidade mais acentuada da conduta. Precedentes.

14. A seu turno, os elementos ponderados a título de consequência, embora não se prestem ao aumento da pena sob esse enfoque, evidenciam a elevada culpabilidade, sobretudo em razão da ousadia que se revelou pela premeditação e tentativa de homicídio de um agente público e pela indiferença dos riscos que o atentado, caso consumado, representaria para o Estado e para a coletividade.

15. Quanto ao patamar de redução da pena decorrente da aplicação do art. 14, II do CP, impõe-se reconhecer que o delito ultrapassou a fase preparatória e avançou no *iter criminis*, na medida em que, tal como se infere dos autos, os agentes se deslocaram até o Shopping Grande Circular com o evidente intuito de ceifar a vida da vítima que lá se encontrava, mas foram contidos em seu intento em razão da presença de escolta policial no local. Diante dessas circunstâncias, é de se concluir que o *iter criminis* percorrido, embora concretamente destinado ao homicídio da vítima e composto por atos relevantes para consumação do crime, manteve-se relativamente distante de causar lesão à vida ou à integridade física do ofendido, pelo que reputa-se mais adequado ao caso concreto e à reprovação da conduta dos agentes a redução da pena na fração de 1/2 (metade).

16. Com o advento da Lei n.º 12.850/13, o parágrafo único do art. 288, que antes previa a aplicação da pena em dobro, passou a estipular o aumento da pena em até metade, de maneira que deve o atual regramento, por mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benéfico, retroagir para alcançar os delitos praticados antes da sua vigência. Precedentes.

17. Apelações criminais conhecidas e parcialmente providas." (e-STJ, fls. 51-53)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ, fls. 83-89).

Neste *writ*, alegam os impetrantes "que o argumento utilizado para se estabelecer o regime inicial fechado foi o de que o Juiz de Primeiro Grau exasperou a pena por ter havido preparo e premeditação. Entretanto, tal argumento não deve prosperar por dois motivos: em primeiro lugar porque o preparo e a premeditação (que são a mesma coisa no nosso humilde entender) são elementos do tipo, vez que a condenação de Primeiro Grau se deu por tentativa de homicídio qualificada por promessa de pagamento (ora, a premeditação nos crimes que envolvem contratação e pagamento é elemento do tipo, não podendo portanto ser utilizada para agravar a pena) e em segundo lugar porque a Paciente não participou de qualquer preparo ou premeditação em relação aos fatos, sendo certo que quando a Sentença se referiu ao preparo e premeditação, o fez em relação aos demais Condenados. Logo, não deve prevalecer o regime inicial de pena como sendo o fechado, ainda que a condenação seja mantida, o que não acreditamos que será." (e-STJ, fl. 5).

Aduzem, outrossim, que o "fato em si não possuir gravidade acentuada, ou seja, fora do normal ao ponto de deslocar o regime de pena para uma forma mais grave, vez que a integridade física da Vítima nunca foi sequer ameaçada (os réus teriam tão somente planejado, não havendo qualquer ato executório), ainda a conduta imputada a Paciente é de tão somente apresentar um corrêu ao outro, não havendo qualquer participação da Paciente em atos executórios ou qualquer conduta que tenha ameaçado a integridade física da Vítima ou no preparo e premeditação" (e-STJ, fl. 8).

Ao final, requerem a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, para que "a PACIENTE possa aguardar o julgamento do REsp em liberdade ou iniciar o cumprimento de pena já no regime semiaberto, nos termos do art. 33, par.2º, alínea "b" do Código Penal, em respeito às Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF".

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 118-122), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, no mérito, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 154-164).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.910 - AM (2019/0109185-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOSEMAR BERCOT RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES - AM005935
JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR - AM007557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
PACIENTE : MARIA JOSE SILVA DE SOUZA
OUTRO NOME : MARIA JOSE DANTAS DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO TENTADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA. REGIME FECHADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. *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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de ré primária, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial fechado.

4. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

5. No caso dos autos, verifica-se que está esgotada a jurisdição da Corte estadual, haja vista a interposição de recurso especial, pendente de julgamento. Tendo sido, pois, exaurida a jurisdição ordinária, não há óbice à execução provisória da pena, não tendo prevalecido nos tribunais superiores a tese de que seria necessário o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento do Recurso Especial para o início da execução da pena, como pretende o impetrante. Por fim, a mera expectativa de redução de pena no Recurso Especial, com repercussão no regime de cumprimento, não justifica a suspensão da execução da pena imposta.

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O 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.

No caso, está inscrito no acórdão impugnado:

"Destarte, corrigida a impropriedade acima referida, entendo que a exasperação da pena-base é legitimada pelas circunstâncias do crime e pela culpabilidade da agente, que, por demasiadamente elevada, permite o aumento da pena em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, conforme critério matemático adotado pelo Juízo singular.

Consequentemente, uma vez decotada a qualificadora imputada à apelante, conforme fundamentação anteriormente expendida, e partindo da pena mínima cominada ao crime do art. 121, caput, do Código Penal, fixo a pena-base em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase da dosimetria.

[...]

Diante dessas circunstâncias, permito-me concluir que o *iter criminis* percorrido, embora concretamente destinado ao homicídio da vítima e composto por atos relevantes para consumação do crime, manteve-se relativamente distante da efetiva consumação do delito e de causar lesão à vida ou à integridade física da vítima, pelo que reputo mais adequado ao caso concreto e à reprovação da conduta da apelante a redução da pena na fração de 1/2 (metade), com o que fixo a pena em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, tornando-a concreta e definitiva nesse patamar.

Em relação ao delito de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único do Código Penal), o magistrado sentenciante, valorando as mesmas circunstâncias judiciais negativas para o crime de homicídio, fixou a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

Sem a incidência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, fora aplicada, na terceira fase, a causa de aumento de pena referente ao uso de arma, apondo-se o dobro da pena, conforme redação anterior do dispositivo, o que resultou na pena concreta e definitiva de 3 (três) anos.

[...]

Com efeito, aplicando-se ao caso a *lex mitior* e aumentando a pena-base em metade, fixo a pena em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, tornando-a concreta e definitiva nesse patamar.

Atento à regra do concurso material de crimes, prevista no art. 69 do Código Penal, aplico cumulativamente as penas de reclusão, totalizando 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

À vista das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sobretudo a acentuada gravidade do delito, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b" e § 3º do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

A par da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, determino, tão logo esgotada a presente instância, que se inicie o cumprimento provisório das penas, expedindo-se, para tanto, os competentes mandados de prisão e comunicando-se ao juízo de origem acerca do resultado deste julgamento, a fim de que expeça, oportunamente, a devida guia de execução provisória." (e-STJ, fls. 73-79)

Não procede a pretensão de regime mais brando.

Com efeito, 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Assim, as referidas súmulas foram observadas pelo Tribunal *a quo*. O regime fechado foi imposto com "motivação idônea".

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

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL. [...] 3. Na espécie, a circunstância judicial relativa aos antecedentes foi valorada em desfavor do paciente sem fundamentação idônea. O magistrado sentenciante consignou que o paciente ostenta maus antecedentes, embora fosse tecnicamente primário, o que vai de encontro ao Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte. Precedentes. 4. O sentenciante também considerou desfavoráveis os motivos do crime, pois visava o réu amealhar bens materiais sem a necessária contrapartida laboral. Não descreveu o julgador, ainda que sucintamente, a maior reprovabilidade da natureza e da qualidade da causa que levou o paciente a praticar a infração penal descrita na peça acusatória, limitando-se a elencar, de modo genérico, circunstâncias que não exorbitam das comuns ao crime de roubo, enquanto delito de natureza patrimonial. Precedentes. 5. Também destacou o magistrado sentenciante que as circunstâncias seriam desfavoráveis ao paciente, pois as vítimas foram rendidas de surpresa por dois indivíduos armados. No particular, não descreveu as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime ou a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, parecendo-me, portanto, também nesse aspecto, injustificado o aumento operado na primeira etapa do cálculo da reprimenda. Precedentes. 6. Por derradeiro, igualmente insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que 'as consequências atingiram mais especificamente o patrimônio das vítimas o qual não foi recuperado', porquanto espelha decorrência comum dos crimes patrimoniais. Precedentes. 7. Consoante determinam os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal, o regime prisional será estabelecido com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observância do *quantum* de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito. 8. No caso, considerando a análise desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, os juízos ordinários fixaram o regime inicial fechado. Entretanto, afastadas as mencionadas circunstâncias negativas e estabelecida a pena-base no mínimo legal, imperiosa a modificação do regime inicial para o semiaberto, nos moldes dos Enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do Enunciado da Súmula n. 440 desta Casa. Precedentes. 9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionando a pena do paciente, estabelecê-la em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais 13 (treze) dias-multa." (HC 373.905/AC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO 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. 2. A sentença aplicou fração superior a 1/3 (um terço) para majorar a pena apenas em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que contraria o disposto na Súmula 443 desta Corte: 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.' 3. 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'; e com a Súmula 719/STF, 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'. 4. Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal. 5. Tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea 'b', e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto. 6. *Habeas corpus* não conhecido. *Writ* concedido, de ofício, a fim de estabelecer as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13 (treze) dias-multa, bem como fixar o regime prisional semiaberto para o desconto das sanções corporais, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo." (HC 371.242/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

Em verdade, os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de ré primária, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial fechado.

Como cediço, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Lado outro, sem razão quanto à impossibilidade da execução provisória da pena antes do julgamento do Recurso Especial.

Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP, em acórdão assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria."

(ARE 964246 RG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, DJe de 25/11/2016)

No caso dos autos, verifica-se que está esgotada a jurisdição da Corte estadual, haja vista a interposição de recurso especial, pendente de julgamento. Tendo, pois, sido exaurida a jurisdição ordinária, não há óbice à execução provisória da pena, não tendo prevalecido nos tribunais superiores a tese de que seria necessário o julgamento do Recurso Especial para o início da execução da pena, como pretende o impetrante. Por fim, a mera expectativa de redução de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena no Recurso Especial, com repercussão no regime de cumprimento, não justifica a suspensão da execução da pena imposta.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0109185-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 504.910 / AM

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00060422420168040000 00073104520188040000 03376949520078040001
3376949520078040001 60422420168040000 73104520188040000

EM MESA

JULGADO: 03/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSEMAR BERCOT RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES - AM005935
JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR - AM007557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
PACIENTE : MARIA JOSE SILVA DE SOUZA
OUTRO NOME : MARIA JOSE DANTAS DA SILVA
CORRÉU : LENILSON BRAGA DA SILVEIRA
CORRÉU : OSVALDO SILVA BENTES
CORRÉU : JANE DA SILVA SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR (P/PACTE)

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.