



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 539.211 - SP (2019/0306869-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : PRISCILA CARVALHO VIOTTI
ADVOGADOS : RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGAO - SP123723
RODRIGO OTÁVIO BRETAS MARZAGÃO - SP185070
LUÍS FELIPE BRETAS MARZAGÃO - SP207169
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, constitui fundamentação concreta, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a autorizar o estabelecimento de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do *quantum* de pena cominado.

2. Alterar a conclusão do acórdão impugnado, na hipótese dos autos, no sentido de reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade de direitos por restritiva de direitos, demanda o exame aprofundado de provas, providência incabível na via eleita.

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.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília, 06 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 539.211 - SP (2019/0306869-5)

AGRAVANTE : PRISCILA CARVALHO VIOTTI
ADVOGADOS : RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGAO - SP123723
RODRIGO OTÁVIO BRETAS MARZAGÃO - SP185070
LUÍS FELIPE BRETAS MARZAGÃO - SP207169
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental no agravo regimental no *habeas corpus*, no qual a defesa ataca a decisão de fls. 438/448 que denegou a ordem, assim lavrado, no que interessa:

"Relativamente ao regime de cumprimento da pena, existente circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, autorizada a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado" (fl. 433).

A defesa alega:

"É certo que, como apontado na r. decisão agravada, a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado, como destacado na r. decisão agravada.

Todavia, a decisão que fixa regime mais gravoso para o cumprimento da pena deve trazer fundamentação concreta e específica sobre sua necessidade, considerando aspectos pessoais do condenado, não bastando a menção genérica às circunstâncias judiciais que foram utilizadas para o agravamento do quantum da pena, visto que a finalidade aqui é diversa.

Uma coisa é a pena fixada; outra é o regime do seu cumprimento.

E isso por motivo óbvio: valesse a fundamentação genérica, de que as circunstâncias desfavoráveis para a fixação da pena-base autorizariam, por si só, o cumprimento da pena em regime mais severo, todo cidadão condenado que tivesse a pena-base aumentada, ainda que em um único dia, teria de, necessariamente, iniciar o cumprimento da pena em regime mais severo, não sendo esse, com a devida, o objetivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da lei, que busca a individualização da pena.

[...]

Não disse o v. acórdão os motivos pelos quais a paciente não preencheria os requisitos do art. 44, III, do Código Penal, de maneira que a decisão carece de qualquer fundamentação idônea.

E neste ponto, diferentemente do que consignou a r. decisão agravada, não há a menor necessidade de incursão nos elementos de prova para reconhecer o constrangimento ilegal à liberdade da paciente, porque basta a análise dos fundamentos do acórdão, ou, no caso, da ausência deles, para reconhecer o constrangimento ilegal à liberdade da paciente" (fls. 441/444).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 539.211 - SP (2019/0306869-5)

VOTO

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

A irresignação não merece prosperar.

De início, registra-se que é firme neste Tribunal Superior de Justiça 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. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

"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".

No mesmo sentido, são os enunciados ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal – STF, os quais indicam:

"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".

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso, verifica-se que a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, constitui fundamentação concreta, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a autorizar o estabelecimento de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do *quantum* de pena cominado.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PEDIDO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. Quanto à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do agravante à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela realização da prisão em conhecido ponto de traficância e pela quantidade de drogas apreendidas - 18 porções de maconha pesando 40g, 20 porções de cocaína e 35 porções de cocaína (guardadas na residência do corréu), totalizando 50,45g - está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

3. A alegação de bis in idem na utilização da quantidade de entorpecentes como fundamento para exasperar a pena-base e afastar o redutor da Lei de Drogas consiste em indevida inovação recursal, porquanto não foi deduzida na inicial deste writ.

4. 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, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal - STF.

5. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

Conforme afirmado no decisum agravado, restou evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a fixação foi em razão da hediondez e da gravidade abstrata do delito, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte Superior. Dessa forma, considerando, ainda, que o paciente é primário, que as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis, bem como o quantum de pena aplicado (5 anos de reclusão), correta a fixação do regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias superior a 4 anos, o pleito quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra-se prejudicado, haja vista que o agravante não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

7. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 516.780/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2019).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. COMPORTAMENTO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO. 3. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS. REGIME SEMIABERTO FUNDAMENTADO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA PARA 3 ANOS DE DETENÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O comportamento do réu ou da sua defesa durante o processo não é circunstância apta a elevar a pena-base, uma vez que nenhuma das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal alberga referida valoração. Ademais, conforme jurisprudência desta Corte, o 'comportamento do réu no curso do processo e não pode ensejar a exasperação da pena-base' (HC 342.725/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016). Portanto, deve ser afastada a análise negativa da personalidade e da conduta social.

3. O regime semiaberto foi aplicado e mantido não apenas em virtude da quantidade de pena aplicada, que autorizaria, em tese, a fixação do regime aberto, mas, sim, em virtude da existência de circunstâncias judiciais negativas, as quais foram parcialmente mantidas. Dessarte, não é possível aplicar regime mais brando.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena para 3 anos de detenção, mantidos os demais termos da condenação (HC 502.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/9/2019).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 96, II, DA LEI N. 8.666/1993. REGIME INICIAL SEMIABERTO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INSURGÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESPROVIDA.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso.

2. Na espécie, conquanto a reprimenda não ultrapasse a 4 anos de reclusão, a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes) justifica a manutenção do regime semiaberto.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 489.215/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 6/6/2019).

Ressalta-se que a necessidade de "fundamentação concreta" para a fixação de regime mais gravoso somente é exigida nas hipóteses de agravamento do regime sem a existência de circunstância judicial ou da reincidência.

Registra-se ainda que a Corte de origem entendeu que não foram preenchidos os requisitos previstos no inciso II, do art. 44 do Código Penal – CP para que fosse deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, assim qualquer conclusão em contrário depende do exame aprofundado de provas, o que não pode ser feito na via eleita. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PARÂMETRO IDÔNEO PARA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DO QUANTUM. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado. No caso, a fração implementada foi fixada com base em fundamentação concreta, considerando, em especial, a natureza da droga e a pena fixada.

2. A jurisprudência desta Corte Superior, no tocante à fixação da fração de redução devida pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, admite que, 'na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes' (HC 453.535/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018, sem grifos no original).

3. Não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não pode esta Corte proceder à alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, a teor do óbice contido no Verbete Sumular n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Quanto à alegação de que não cabe, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é '[...] inviável, em sede de recurso especial, afirmar que a medida não seria socialmente recomendável, de sorte a obstar a benesse, por demandar análise fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ' (AgRg no REsp 1.466.643/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe de 04/10/2017).

5. No tocante ao regime prisional, considerando o quantum de pena estabelecido, a primariedade do Condenado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.389.733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 24/5/2019).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0306869-5

**AgRg no AgRg no
HC 539.211 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00051505120114036112 201161120051502 51505120114036112

EM MESA

JULGADO: 06/02/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RODRIGO OTAVIO BRETAS MARZAGAO E OUTROS
ADVOGADOS	: RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGAO - SP123723 RODRIGO OTÁVIO BRETAS MARZAGÃO - SP185070 LUÍS FELIPE BRETAS MARZAGÃO - SP207169
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: PRISCILA CARVALHO VIOTTI
CORRÉU	: ROBERTO RAINHA
CORRÉU	: JOSE RAINHA JUNIUR
CORRÉU	: CLAUDEMIR SILVA NOVAIS
CORRÉU	: ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
CORRÉU	: CASSIA MARIA ALVES DOS SANTOS
CORRÉU	: CRISTINA DA SILVA
CORRÉU	: EDVALDO JOSE DA SILVA
CORRÉU	: RIVALDO ALVES DOS SANTOS JUNIOR
CORRÉU	: ROSALINA RODRIGUES DE OLIVEIRA ACORSI
CORRÉU	: VALDEMIR ANTONIO DE SANTANA
CORRÉU	: EDNA MARIA TORRIANI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Corrupção passiva

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: PRISCILA CARVALHO VIOTTI
ADVOGADOS	: RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGAO - SP123723 RODRIGO OTÁVIO BRETAS MARZAGÃO - SP185070 LUÍS FELIPE BRETAS MARZAGÃO - SP207169
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).