



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 194.429 - SP (2012/0130465-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ADELINO BIDO
ADVOGADO : MARINO PAZZAGLINI FILHO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 13 E 29, AMBOS DO CP, 1º, I, DO D.L. N.º 201/67, E 386, V, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59, II, DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OFENSA AOS ARTS. 33, § 2º, "C", DO CP. REGIME INICIAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.
2. Mostra-se idônea a fundamentação utilizada para valorar negativamente a circunstância judicial das consequências do delito, esta efetuada com lastro em substrato concreto dos autos, notadamente em virtude do elevado prejuízo sofrido pelos cofres públicos do Município (R\$ 25.765,72).
3. Esta Corte em assentado que "mostra-se devida a fixação do regime inicial semiaberto ao condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal". (HC 170.719/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2011)
4. É pacífico o entendimento neste STJ, no sentido de que "presentes circunstâncias judiciais negativas, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal". (HC 112.089/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 04/05/2011).
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de setembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 194.429 - SP (2012/0130465-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ADELINO BIDO
ADVOGADO : MARINO PAZZAGLINI FILHO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por ADELINO BIDO, contra decisão monocrática, de minha lavra, que conheceu do agravo e deu parcial provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 13 E 29, AMBOS DO CP, 1º, I, DO D.L. N.º 201/67, E 386, V, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59, II, DO CP. DOSIMETRIA. OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ. OFENSA AOS ARTS. 33, § 2º, "C", DO CP. REGIME INICIAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. AGRADO A QUE SE CONHECE PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. (fls. 1904/1916)

Sustenta o agravante, às fls. 1937/1955, que "a contrariedade aos artigos 13 e 29, *caput*, do Código Penal, e ao artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, não depende de reapreciação de provas, mas sim de elementos constantes das próprias decisões atacadas que se bastaram em suas presunções em desfavor do peticionário, sem qualquer justificativa consistente no corpo do *decisum*".

Outrossim, assenta que "muito embora a decisão monocrática tenha concedido provimento parcial para excluir a majoração quanto à personalidade do agente e circunstâncias do delito", "merecia acolhida integral a apontada violação ao artigo 59, *caput*, combinado com seu inciso II, do Código Penal, eis que a valoração negativa de circunstância 'consequências do crime' mostra-se inaplicável no caso em tela tal como posta nos comandos decisórios emitidos pelas instâncias inferiores e tal como corroborado na decisão atacada".

Além disso, afirma que "ainda que, no caso concreto, se considere presente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial 'consequências do crime', como desfavorável, tal motivo não é suficientemente idôneo para cercear o direito do peticionário à fixação do regime inicial aberto ou ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 194.429 - SP (2012/0130465-4)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 13 E 29, AMBOS DO CP, 1º, I, DO D.L. Nº 201/67, E 386, V, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59, II, DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OFENSA AOS ARTS. 33, § 2º, "C", DO CP. REGIME INICIAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

2. Mostra-se idônea a fundamentação utilizada para valorar negativamente a circunstância judicial das consequências do delito, esta efetuada com lastro em substrato concreto dos autos, notadamente em virtude do elevado prejuízo sofrido pelos cofres públicos do Município (R\$ 25.765,72).

3. Esta Corte em assentado que "mostra-se devida a fixação do regime inicial semiaberto ao condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal". (HC 170.719/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2011)

4. É pacífico o entendimento neste STJ, no sentido de que "presentes circunstâncias judiciais negativas, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal". (HC 112.089/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 04/05/2011).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do explicitado no *decisum* agravado, verifica-se que no que concerne à sustentada ofensa aos arts. 13 e 29, ambos do Código Penal, ao art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, e ao art. 386, V, do Código de Processo Penal, pretende o recorrente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao pugnar por sua absolvição, rediscutir a suficiência probatória para a condenação, o que implicaria, inevitavelmente, incursão no bojo do arcabouço fático probatório, procedimento esse incabível nas vias excepcionais.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes para embasar a condenação, ou a ensejar a absolvição. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal.

No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado n.º 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Confiram-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REDUÇÃO EM PATAMAR ADEQUADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. I - Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de desclassificação do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente para o de uso próprio (Precedentes). II - (...). III - (...). Ordem denegada". (HC 166.122/ES, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 20/09/2010).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA O DE USO DE ENTORPECENTES. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. 1. (...). 2. Seguindo o entendimento deste Sodalício, não há como proceder a análise do pedido de desclassificação do crime de tráfico para o de uso de substância entorpecente, porquanto é matéria que também exige análise aprofundada das provas produzidas nos autos, o que é incompatível com a via angusta do writ. (Precedentes). 3. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não cabendo, então, na angusta via do writ o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente. 4. (...). 5. Ordem denegada". (HC 146.381/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2010).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO, EM PRIMEIRO GRAU, PELO CRIME DE TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO, QUANDO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, PARA O CRIME DE USO DE DROGAS. PRETENSÃO NO SENTIDO DE QUE SEJA RESTABELECID A SENTENÇA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, DE OFÍCIO. 1. Se o Tribunal de origem, analisando as provas constantes dos autos, conclui que não há elementos suficientes para sustentar a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, e, em consequência, desclassifica a conduta para o crime de uso de drogas, para se chegar a conclusão diversa seria necessário o reexame de provas, o que encontra óbice na Súmula nº 07 deste Superior Tribunal de Justiça. 2.(...). 3. (...)" (AgRg no REsp 711.830/MG, Rel. Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 19/04/2010).

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES PARA O DE USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE DEMANDA REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ELEITA DO WRIT. 1. (...). 2. A desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para o de uso próprio constitui pretensão que demanda necessariamente análise aprofundada do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*. 3. Ordem denegada". (HC 141.248/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 24/05/2010).

De outra banda, no que tange à apontada violação ao artigo 59, inciso II, do Código Penal, ao argumento de que a circunstância judicial das consequências do crime não teria fundamentação idônea apta a sustentá-la, observa-se que razão não assiste ao agravante.

De fato, nos termos do assentado no *decisum* agravado, no que tange ao acréscimo decorrente das consequências do delito, ao fundamento do "aspecto reprovável do crime em questão perante a sociedade, tendo em vista a dilapidação do patrimônio do modesto Município de General Salgado" (1.726), verifica-se que, ao contrário do que afirma o recorrente, o Tribunal de origem se baseou em elementos concretos constantes dos autos para fundamentar o aumento de pena-base. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho retirado do voto condutor do acórdão recorrido:

"O laudo pericial acostado às fls. 18/28 demonstra a irregularidade na conduta dos réus, concluindo o superfaturamento de aproximadamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

86% na mão de obra e de 84% nos materiais e, ainda, o excesso de material empregado.

Na sequência, o laudo nº 1.489/99 também demonstrou superfaturamento, esclarecendo que foram verificadas variações superiores mais significativas dos preços unitários faturados/pagos pela prefeitura em relação aos preços unitários médios praticados no mercado. O quadro demonstrativo/comparativo entre preços unitários pagos apontou um montante pago a maior de R\$ 5.806,00 a empresa CONSTRUMAT (fls. 184/193).

Nesse mesmo laudo, os peritos ainda indicaram superfaturamento quantos aos serviços de mão de obra oferecidos pela empresa NENÊ GABRIEL (fls. 193).

Já o laudo nº 3.819/99 comprovou que o valor de R\$ 45.000,00 pagos à empresa NENÊ GABRIEL não era compatível com o custo de mão de obra da construção. Concluiu, por fim, que a fraude gerou um prejuízo de R\$ 25.765,72 aos cofres públicos do município (fls. 605/610)". (fls. 1.721/1.722).

Assim, observa-se a idoneidade na fundamentação utilizada para valorar negativamente a circunstância judicial das consequências do delito, esta efetuada com lastro em substrato concreto dos autos, notadamente em virtude do elevado prejuízo sofrido pelos cofres públicos do Município de General Salgado. No mesmo sentido:

"*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NA ESCOLHA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. (...). 2. (...). 3. Mostra-se idônea a valoração negativa das consequências do crime com base no elevado prejuízo sofrido pelos cofres públicos, consistente na sonegação do importe de R\$ 673.951,56. 4. (...). 5. *Habeas corpus* parcialmente concedido tão-somente a fim de, afastada parte das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, reduzir as sanções para 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, mantidas, no mais, as disposições contidas na sentença condenatória e no acórdão impugnado". (HC 156.862/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 01/03/2012)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA 'C' DO INCISO III DO ART. 105 DA CARTA MAGNA. PARADIGMA ORIUNDO DE *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI N.º 10.174/01 E LC N.º 101/05. RETROATIVIDADE. ILEGALIDADE PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA. (...). PENA BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADA NEGATIVAMENTE. MAGNITUDE DA LESÃO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 5. É pacífica na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de agravamento da pena base com fundamento no elevado prejuízo causado aos cofres públicos resultante dos tributos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sonegados, ante a valoração negativa das consequências delitivas já que maior a reprovabilidade da conduta. 6. (...) 7. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 1134199/PR, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/11/2012)

"HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 2/3. PROPORCIONALIDADE. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A gravidade exacerbada da lesão, que ocasionou ao todo um prejuízo de R\$ 46.441,00 ao banco, justifica a valoração negativa das consequências do delito. 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. Ordem denegada". (HC 141.884/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 05/09/2012)

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MOTIVOS DO CRIME. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO EXACERBADO ÀS VÍTIMAS. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONCURSO DE AGENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ANÁLISE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO SISTEMA TRIFÁSICO. AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61, I, DO CP. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA QUE COMPROVAM O EFETIVO EMPREGO DE ARMA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. FRAÇÃO DAS MAJORANTES. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. (...). 2. Os motivos do crime, quando inerentes ao próprio tipo penal violado, não autorizam a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, porquanto já considerados pelo legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada ao delito. 3. Apesar de o crime de roubo ser de natureza patrimonial, a gravidade exacerbada da lesão, que ocasionou ao todo um prejuízo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) às vítimas, justifica a valoração negativa das consequências do delito. 4. (...). 5. (...). 6. (...). 7. (...). 8. (...). 9. (...)". (HC 200.989/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/03/2012)

Outrossim, quanto à apontada ofensa aos artigos 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, referente à fixação do regime, bem como à aventada violação ao artigo 44, I, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, quanto à impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não obstante o *quantum* de pena inferior a quatro anos, esta Corte tem assentado que "mostra-se devida a fixação do regime inicial semiaberto ao condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal". (HC 170.719/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2011) Confirmam-se, neste sentido, os seguintes arestos:

"HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SANÇÃO: 1 ANO E 3 MESES DE RECLUSÃO. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA DO MODO INICIAL SEMIABERTO PARA RESGATE DA REPRIMENDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA. 1. Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve-se ter em consideração o disposto no § 3º do artigo 33 do Código Penal, segundo o qual a fixação do sistema carcerário obedecerá aos critérios listados no art. 59 do mesmo diploma. 2. In casu, resta justificada a fixação do modo inicial semiaberto para resgate da reprimenda estabelecida em 1 ano e 3 meses de reclusão, pelo cometimento do delito previsto no art. 168, caput, do CP, eis que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, inclusive em virtude dos maus antecedentes. 3. Ordem denegada". (HC 180.156/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 14/02/2011).

"HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ANÁLISE APROFUNDADA DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. ART. 59 DO CP. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CONFISSÃO UTILIZADA PELO MAGISTRADO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 1. (...). 2. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido se a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes e do intenso dolo do paciente (culpabilidade), circunstâncias judiciais que justificam a exasperação da reprimenda, a teor do art. 59 do Código Penal. 3. Embora a sanção do paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, as desfavoráveis circunstâncias judiciais autorizam a imposição de regime prisional mais rigoroso, no caso, o semiaberto. 4. (...). 5. (...)" (HC 80.319/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 29/03/2010).

"HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE DE ARMA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE CONTRAVENÇÃO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO POR FORÇA DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 2. Conforme o magistério jurisprudencial, as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais consideradas para a fixação da pena-base podem repercutir sobre o regime inicial de cumprimento da reprimenda, quando devidamente motivada a decisão. 3. No caso, considerando-se a pena aplicada, a existência de circunstância judicial desfavorável e a regra constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, revela-se razoável a fixação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. 4. (...). 5. Ordem denegada". (HC 66067/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 04/12/2006).

No mesmo sentido, quanto à vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, é assente que uma vez "presentes circunstâncias judiciais negativas, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal". (HC 112.089/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 04/05/2011). Na mesma toada:

"HABEAS CORPUS. (...). SANÇÃO RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, INCISO III, DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Nos termos do art. 44, inciso III, do CP, 'As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: III - 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'. 2. Inviável proceder-se a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, quando essa permuta não se mostra suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada, haja vista a desfavorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais. 3. Ordem parcialmente concedida, tão somente para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado". (HC 119.807/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. REDUÇÃO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE RECONHECIMENTO COM BASE EM FOLHA DE ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DE PENA. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. O regime prisional inicial fechado deve ser mantido, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem assim, a reincidência do paciente. Inviável, ademais, a substituição de pena, tendo em conta o que preceituam os incisos II e III do art. 44 do Código Penal. 7. Ordem parcialmente concedida". (HC 95.675/MS, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 28/03/2011)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. INTERMEDIÇÃO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO A TERCEIRO, MEDIANTE FRAUDE NA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA. PENA TOTAL: 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. INVERSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TUMULTUÁRIA DO FEITO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULA 284/STF. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE, NO CASO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (2 ANOS E 6 MESES) DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME (GRANDE PREJUÍZO PARA A AUTARQUIA). CULPABILIDADE ELEVADA. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 62, I DO CPB. REGIME MAIS GRAVOSO A SER CONSIDERADO, NO CASO, É O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPB. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. (...). 7. Ausente a demonstração de ofensa aos termos do art. 44 do CPB, pois assentado pelo Tribunal a quo que o recorrente não faz jus à substituição da pena por restritivas de direito, pois consideradas negativas a culpabilidade, os motivos e circunstâncias do delito. 8. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para fixar o regime semiaberto para o início da execução da pena". (REsp 1202447/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2010)

Dessarte, no que tange à alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que, em razão da existência de circunstância judicial valorada negativamente, o recorrente não preenche o requisito subjetivo para concessão dos referidos institutos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0130465-4

AgRg no
AREsp 194.429 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11011998000163 12470391200982600005 2040119980000204 990091247030

EM MESA

JULGADO: 03/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: ADELINO BIDO
ADVOGADO	: MARINO PAZZAGLINI FILHO E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: ORIVALDO GABRIEL
ADVOGADO	: ANTÔNIO FLÁVIO VARNIER E OUTRO(S)
CORRÉU	: JOÃO ALVES DE MELO
CORRÉU	: ALCEBÍADES MILIATTI
CORRÉU	: MARCOS ABRAÃO FERREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: ADELINO BIDO
ADVOGADO	: MARINO PAZZAGLINI FILHO E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.