



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.543 - DF (2017/0125440-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA
ADVOGADO : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA - DF037181
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : FLAMBACKS RODRIGUES DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CÁRCERE PRIVADO. AMEAÇA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVOS DO CRIME. ART. 77, II, DO CP. *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. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por terem sido desfavoravelmente valoradas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

5. Segundo dispõe o art. 77 do Código Penal, são requisitos cumulativos para a obtenção da suspensão condicional da pena: I) que o condenado não seja reincidente em crime doloso; II) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

6. Evidenciada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo certo que o paciente ostenta maus antecedentes e que os motivos do crime ocasionaram a majoração de sua pena-base, descabe falar em concessão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sursis, pois não resta preenchido o requisito do inciso II do art. 77 do CP.
7. *Writ* 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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.543 - DF (2017/0125440-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA
ADVOGADO : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA - DF037181
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FLAMBACKS RODRIGUES DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **FLAMBACKS RODRIGUES DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 2 meses de reclusão e a 1 mês e 10 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, por infração ao art. 147, art. 148 e art. 157, § 2º, I, do Código Penal, c/c o art. 5º, III, e 7º, II e IV, ambos da Lei n. 11.340/2006, respectivamente (e-STJ, fls. 46-50).

Inconformada, a defesa do paciente interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* deu parcial provimento, para desclassificar o delito do art. 157, § 2º, I, do CP para o art. 146 do CP, restabelecendo a pena total definitiva em 1 ano e 2 meses de reclusão e 5 meses e 10 dias de detenção, ficando mantida, no mais, a sentença condenatória. O aresto restou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CARCERE PRIVADO. AMEAÇA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. "EMENDATIO LIBELLI". CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Diante da comprovação de privação da liberdade de locomoção da vítima, por tempo juridicamente relevante (durante toda a noite, estendo-se pela madrugada), não há que falar em absolvição.
2. Não se verificando o animo de assenhoramento definitivo da coisa alheia, inviável a incursão do réu no artigo 157 do Código Penal (roubo).
3. Se, ao pegar o aparelho celular da bolsa da vítima, a intenção do réu era privá-la de atender as chamadas do seu atual namorado, e não de subtrair o aparelho, sua conduta se amolda àquela tipificada no artigo 146 do Código Penal.
4. A desclassificação em segunda instância é possível, pois o instituto da "emendatio libelli" encerra mera correção da capitulação feita na inicial com a finalidade de amoldar o fato descrito a outro tipo penal.
5. O "quantum" de pena autoriza a fixação do regime aberto, entretanto, em que pese não se tratar de reincidência, foram consideradas negativas algumas circunstâncias judiciais em desfavor do réu, de modo que o regime inicial semiaberto reputa-se mais adequado para atingir a finalidade da pena.
6. Recurso parcialmente provido" (e-STJ, fls. 85-86).

Foram opostos embargos de declaração, que restaram parcialmente providos, sem alteração do julgado (e-STJ, fls. 122-128).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste *writ*, o impetrante busca a alteração do regime inicial de cumprimento de pena do semiaberto para o aberto e a concessão da suspensão condicional da pena, ante a ausência de fundamentação idônea para a negativa de tal benesse.

Aduz que "ainda que a sentença do juízo *a quo* fosse mantida pelo Tribunal com a argumentação da fixação do regime semiaberto em razão de circunstancia judicial desfavorável, pode-se confirmar que esse argumento, por si só, não ensejaria a fixação do regime inicial intermediário" (e-STJ, fl. 6).

Defende que "se o juízo *a quo* não fixou o regime inicial em decorrência da circunstancia judicial não deve o Tribunal de Justiça apresentar argumentação diversa, em prejuízo do paciente para manter o regime" (e-STJ, fl. 7).

Ressalta que, ao contrário do que decidiu o Colegiado *a quo*, "o Código não impede a concessão do *sursis* a condenado por crime cometido com grave ameaça de modo que se limita a quantidade da pena, não reincidência em crime doloso, análise das circunstancias judiciais e não possibilidade em substituição da pena em restritiva de direitos" (e-STJ, fl. 10).

Requer, ao final, a concessão da liminar para que o paciente possa aguardar o julgamento do mérito da presente ação em liberdade. No mérito, pugna pela fixação do regime prisional aberto para o desconto da pena imposta ao paciente, bem como pela concessão da suspensão condicional da pena.

Indeferida a liminar (e-STJ, fls. 132-133), assim como o pleito de reconsideração de tal *decisum* (e-STJ, fl. 218), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 222-228).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.543 - DF (2017/0125440-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA
ADVOGADO : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA - DF037181
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : FLAMBACKS RODRIGUES DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CÁRCERE PRIVADO. AMEAÇA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVOS DO CRIME. ART. 77, II, DO CP. *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. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por terem sido desfavoravelmente valoradas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

5. Segundo dispõe o art. 77 do Código Penal, são requisitos cumulativos para a obtenção da suspensão condicional da pena: I) que o condenado não seja reincidente em crime doloso; II) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

6. Evidenciada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo certo que o paciente ostenta maus antecedentes e que os motivos do crime ocasionaram a majoração de sua pena-base, descabe falar em concessão do *sursis*, pois não resta preenchido o requisito do inciso II do art. 77 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Writ* não conhecido.

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e CONDENO FLAMBACKS RODRIGUES DOS SANTOS como incurso nas penas dos artigos 147, 148, *caput*, 157, § 2º, inciso I, todos do Código Penal, combinados com os artigos 5º, inciso III, e 7º, incisos II e IV, ambos da Lei n. 11.340/2006.

DO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO

Atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, vejo que a culpabilidade do réu não extrapolou a comum ao tipo penal.

O réu, apesar de ser Policial Militar, ostenta maus antecedentes, pois já foi condenado por crime militar - falsidade ideológica - (fl. 229) e recentemente foi condenado por crime cometido com violência doméstica - contra a mesma vítima, aliás -, cuja sentença transitou julgado após os fatos ora apurados (fls. 115/116).

Não há elementos para aferir a personalidade do réu.

Quanto à sua conduta, o réu informou que é separado de fato, tem dois filhos, é Policial Militar e mora no Gama/DF.

O motivo, ao que consta, foi o inconformismo com o término do relacionamento mantido com a ofendida, o que é execrável e absolutamente despropositado.

As circunstâncias não extrapolaram às previstas como comuns ao tipo.

As conseqüências são graves, uma vez que fatos dessa natureza abalam a integridade emocional e moral de pessoa em situação de vulnerabilidade, contudo são comuns ao tipo.

Não se pode afirmar que a vítima contribuiu para a eclosão do crime.

Considerando, pois, que há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão.

Diante da circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, agravo a pena em 1 (um) mês.

Assim, a minguada de causas de diminuição ou aumento de pena a serem sopesadas na terceira fase de aplicação da pena, fixo efetivamente a pena em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

DO CRIME DE ROUBO

Atento às mesmas circunstâncias judiciais supra analisadas, as quais se aplicam também a este delito, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos e 3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(três) meses de reclusão.

Diante da circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, agravo a pena em 3 (três) meses.

Na terceira fase, reconheço a incidência da causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, nos termos do artigo 157, § 2º, inciso I, ao que aumento a pena em 1/3 (um terço), fixando-a efetivamente em 6 (seis) anos de reclusão.

DO CRIME DE AMEAÇA

Atento às mesmas circunstâncias judiciais anteriormente analisadas, as quais se aplicam também a este delito, fixo a pena-base em 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de detenção.

Diante da circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, agravo a pena em 5 (cinco) dias.

Assim, à míngua de causas de diminuição ou aumento de pena a serem sopesadas na terceira fase de aplicação da pena, fixo efetivamente a pena em 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção.

DO CONCURSO DE CRIMES

Por fim, considerando o concurso material entre os crimes, nos termos do disposto 69 do Código Penal, torno definitiva a pena privativa de liberdade em 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, para efetivo cumprimento em regime inicial semiaberto.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como de suspender a execução da pena, ante o montante da pena." **(e-STJ, fls. 49-50).**

"[...] DOSIMETRIA DA PENA

a) Cárcere privado

Na primeira fase da aplicação da reprimenda, o douto Magistrado considerou como negativas duas circunstâncias judiciais, quais sejam: antecedentes e motivo, razão pelo qual a pena foi fixada acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão. Confira-se (fl. 285verso):

(...)

Neste ponto, requereu a Defesa o afastamento das circunstâncias consideradas negativas, alegando que não há fundamentação idônea.

Sem razão. Vejamos.

No que toca aos antecedentes criminais, correta a valoração realizada pela respeitável sentença. A certidão de fl. 229 não caracteriza reincidência, porquanto a extinção da punibilidade ocorreu há mais de 5 (cinco) anos da data dos fatos. Entretanto, versando sobre fato pretérito devidamente transitado em julgado, pode ser empregada para desvalorar os antecedentes do réu. Confirmam-se precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça, inclusive de minha relatoria, "in verbis":

(...)

Ainda, destacou-se na sentença a ação penal de fl. 115, para configurar referida circunstância judicial, o que também deve ser mantido, pois, embora tenha transitado em julgado no transcurso deste processo, se refere a fatos anteriores.

Neste sentido, confira-se:

(...)

Nessa esteira, mantém-se a valoração negativa dos maus antecedentes.

Quanto aos motivos do crime, a douta autoridade sentenciante enfatizou que os motivos são reprováveis, pois o réu cometeu o delito motivado por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não aceitar o término do namoro.

Cuida-se de motivação especialmente reprovável que deve ser valorada. Neste sentido, confira-se precedente deste egrégio Tribunal de Justiça atestando a reprovabilidade do sentimento de posse (ciúmes), justifica o recrudesimento da pena-base pela valoração desfavorável dos motivos:

(...)

Assim, mantenho a valoração negativa da referida circunstância judicial e, por consequência, mantenho a pena-base no patamar estabelecido na respeitável sentença.

Na segunda etapa, não houve a incidência de atenuantes, porém, foi reconhecida a agravante contida no artigo 61, inciso II, alínea "f" (violência doméstica), do Código Penal, e elevou-se a pena em 1 (um) mês.

Mantenho referida agravante reconhecida corretamente e, provisoriamente, a pena estabelecida na respeitável sentença em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, ausentes causas de aumento ou redução de pena, mantenho a pena, definitivamente, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

b) Constrangimento ilegal

Para o crime de roubo, a eminente autoridade judiciária considerou desfavorável ao réu as mesmas circunstâncias judiciais, elevando a penal base em três meses.

Assim, considerando a pena cominada ao delito de constrangimento ilegal (detenção de 3 meses a 1 ano ou multa), na primeira fase, elevo a pena em 15 (quinze) dias, fixando-a em 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Na segunda etapa, não há incidência de atenuantes, porém, deve ser reconhecida a agravante contida no artigo 61, inciso II, alínea "f" (violência doméstica), do Código Penal, elevando-se a pena em 4 (quatro) meses de reclusão.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento ou diminuição de pena, estabeleço em definitivo em 4 (quatro) meses de detenção.

c) Ameaça

Na primeira fase da aplicação da reprimenda, o douto Magistrado considerou negativas as mesmas circunstâncias judiciais, fixando a pena em 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de reclusão.

Neste ponto, cumpre destacar que a Defesa alegou que não ocorreu fundamentação idônea da douta autoridade sentenciante ao utilizar os mesmos argumentos para valorar as circunstâncias judiciais em relação a todos os delitos cometidos pelo réu (fl. 324).

Cabe esclarecer que não há qualquer irregularidade em utilizar os mesmos argumentos para valorar as circunstâncias judiciais, pois se tratam de crimes diversos. Lembrando que para cada crime correspondente uma dosimetria específica, sendo que o fato de as circunstâncias judiciais negativas coincidirem não geram qualquer inidoneidade.

reconhecida a agravante contida no artigo 61, inciso II, alínea "f" (violência doméstica), do Código Penal, e elevou-se a pena em 5 (cinco) dias.

Mantenho referida agravante reconhecida corretamente e, provisoriamente, a pena estabelecida na respeitável sentença em 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção.

Na terceira fase da dosimetria, ausentes causas de aumento ou redução de pena, mantenho a pena, definitivamente, em 1 (um) mês e 10 (dez) dias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detenção.

Concurso de crimes

Considerando que o apelante, mediante mais de uma ação ou omissão, cometeu os delitos de cárcere privado, constrangimento ilegal e ameaça, correto o reconhecimento do concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal. Assim, entre eles deve ser aplicada a regra do concurso material de crimes, que impõe a cumulação das penas. Entretanto, consoante o disposto no artigo 76 do Código Penal, as penas dos crimes mais graves serão cumpridas primeiramente, razão porque se deve diferenciar a pena de reclusão (cárcere privado) e detenção (crimes de ameaça e constrangimento ilegal), impedindo a soma de todas as reprimendas.

Assim, torno a pena definitiva em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Regime inicial de cumprimento de pena

O artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal autoriza a fixação do regime inicial aberto aos condenados a penas iguais ou inferiores a 4 (quatro) anos, desde que não reincidentes. O § 3º do citado artigo estipula que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal devem ser consideradas na determinação do regime inicial.

No caso, em que pese não se tratar de apelante reincidente, várias circunstâncias judiciais foram consideradas negativas, como maus antecedentes, personalidade e motivos do crime, de modo que o regime inicial semiaberto reputa-se mais adequado para atingir a finalidade da pena.

Neste sentido, confirmam-se precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Mantém-se, portanto, o regime inicial semiaberto.

Detração, substituição e suspensão

No caso em apreciação, verifica-se que o apelante permaneceu solto durante todo o processo, sendo inaplicável o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Considerando que os delitos foram praticados em grave ameaça, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante artigo 44, do Código Penal.

Por igual motivo, não estão preenchidos os requisitos para a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal." **(e-STJ, fls. 104-110).**

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Inicialmente cumpre ressaltar que, 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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719, do STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso dos autos, contudo, a instâncias ordinárias estabeleceram a pena-base acima do mínimo legal, por terem sido desfavoravelmente valoradas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o que permite a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

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

" PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE AUMENTO. JUSTIFICATIVA CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas 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.

2. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (roubo praticado por três agentes, todos munidos com armas de fogo, sendo uma delas calibre 12).

3. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena definitiva em patamar superior a 4 anos, de rigor o estabelecimento do regime inicial fechado, diante da presença de circunstância judicial desfavorável.

4. Ordem denegada." (HC 380.290/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 23/6/2017, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SANÇÃO REDUZIDA PROPORCIONALMENTE, ANTE VETORES DESFAVORÁVEIS REMANESCENTES CONTRA OS QUAIS A DEFESA NÃO SE INSURGIU. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Em relação ao regime prisional, é cediço que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719, ambas do STF.

- No caso, mesmo com a redução da pena para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, entendo que o regime inicial fechado deve ser mantido, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as penas do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 316.735/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 23/5/2017, grifou-se).

No tocante à suspensão condicional da pena, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Segundo dispõe o art. 77 do Código Penal, são requisitos cumulativos para a obtenção da suspensão condicional da pena: que I) o condenado não seja reincidente em crime doloso; II) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Na hipótese, resta evidenciada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo certo que o paciente ostenta maus antecedentes e que os motivos do crime ocasionaram a majoração de sua pena-base, descabe falar em concessão do *sursis*, pois não resta preenchido o requisito do inciso II do art. 77 do CP.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DA VIOÊNCIA DOMÉSTICA. SURSIS DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INVIABILIDADE.

1. "Segundo dispõe o art. 77 do Código Penal, que trata sobre a suspensão condicional da pena, o benefício exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: I) o condenado não seja reincidente em crime doloso, II) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código" (HC 370.181/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 20/10/2016).

2. No caso dos autos, o agravante não preencheu um dos requisitos previstos no art. 77 do Código Penal, para fazer jus à benesse da suspensão condicional da pena, uma vez que há circunstância judicial do delito valorada negativamente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1617131/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/5/2017, DJe 11/5/2017, grifou-se);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DOS MÍNIMOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. SURSIS DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 77 DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Como é cediço, ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ.

4. Contudo, ao contrário do alegado pela impetrante, o Tribunal local consignou a existência de condenação definitiva, servindo como fundamento para exasperar as penas-base.

5. Segundo dispõe o art. 77 do Código Penal, que trata sobre a suspensão condicional da pena, o benefício exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: I) o condenado não seja reincidente em crime doloso, II) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

6. No presente caso, a Corte local não concedeu o *sursis* da pena ao acusado pela existência de circunstância judicial desfavorável referente à maior reprovabilidade de suas condutas, sendo, inclusive, as penas-base exasperadas. Verifica-se que o acusado vem atuando de forma reiterada no cometimento de delitos violentos no âmbito doméstico. Dessa forma, a situação demonstra não ser cabível o benefício pela ausência de preenchimento do requisito do inciso II do art. 77 do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 324.949/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 27/4/2017, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0125440-1

HC 401.543 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00146476520138070004 146476520138070004 20130410149633

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA
ADVOGADO : RAPHAEL VIEIRA MENDES DA SILVA - DF037181
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : FLAMBACKS RODRIGUES DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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