HABEAS CORPUS Nº 463.473 - SP (2018/0201516-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ADAILSON GONCALVES DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ADAILSON GONÇALVES DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime prisional semiaberto, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 118-119).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório, nos moldes da seguinte ementa:

> "APELAÇÃO. Homicídio tentado qualificado por motivo fútil. Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Pleito de desclassificação do delito de homicídio qualificado para o crime de lesões corporais. Impossibilidade. *Animus necandi* devidamente demonstrado nos autos. Conclusão dos jurados que não é manifestamente contrária à prova dos autos. Pedido de afastamento da qualificadora decorrente do motivo fútil. Qualificadora comprovada pela prova oral produzida. Soberania das decisões do Júri. Pena e regime que não comportam modificação. Sentença integralmente mantida. Negado provimento ao recurso" (e-STJ, fl. 121).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta que: a) "o resultado final da reprimenda importa em encarceramento, fato que contraria aquilo que foi exposto pelo titular da ação penal aos Jurados, durante os debates. Asseverou a nobre promotora que em razão da tentativa e das circunstancias pessoais do réu, o regime que seria imposto seria o aberto, ou seja, o réu não seria preso. Tal afirmação, ao ver do subscritor, foi determinante para a condenação imposta"; b) "um único episódio talvez seja insuficiente para formar juízo de conduta social e personalidade. A análise de uma pessoa ser ou não violenta não pode resultar de mera opinião de testemunhas"; c) "sobre a circunstância judicial da personalidade do agente é bom anotar que deve ser analisada com cautela ante a inviabilidade do diagnóstico sobre a natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica do paciente"; d) "atualmente, conforme assevera o réu, as testemunhas e até a própria vítima, o réu tem ótimo comportamento. A vítima declarou não ter nada contra o apelante, que até o cumprimenta na Igreja"; e) "o magistrado ainda afirmou que as conseqüências da conduta foram além das próprias do tipo, que também foi confirmado pelo Tribunal. Como todo respeito, a condenação é por homicídio tentado e a lesão no dedo é conseqüência ínsita ao tipo imputado"; f) "o comportamento

da vítima, segundo a sentença, não contribuiu para a eclosão do evento. Não é isso que demonstra a prova. A vítima não tinha nada a ver com a confusão instaurada. Ela foi ao encontro do réu. O réu pediu para que ela se afastasse, afinal, a contenda não era com ela. Nesse contexto, a vítima contribuiu sim para o evento"; g) "Presente, também, a atenuante da confissão. O réu admitiu a autoria. A apresentação de tese de defesa não afasta o reconhecimento da atenuante em questão"; h) "o grau de redução da tentativa deve ser máximo, o que possibilita, por exemplo, impedir desnecessário encarceramento. Não parece haver discussão que o critério a ser utilizado é o denominado *inter criminis.* O quanto o apelante se aproximou de consumar a morte da vítima. No caso em testilha, a lesão ao bem jurídico vida ficou muito longe de acontecer. A lesão foi apenas no dedo. Foi um único golpe"; i) "colacionando o r. entendimento do Ministério Público, que ansioso pelo justo, manifestou-se em memoriais e contrarrazões, pugnando pela pena menos severa, como medida de lídima justiça e idônea aplicação da lei penal, a Defesa requer a fixação de regime aberto" (e-STJ, fls. 1-10).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja reduzida a pena e estabelecido o regime prisional aberto.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 137), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso seja conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 143-150).

É o relatório.

Decido.

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, 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. Destarte, 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.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Juiz Presidente do Tribunal do Júri, ao promover a dosagem da pena, reconheceu:

> "Circunstâncias Judiciais: Culpabilidade: o grau de reprovabilidade da conduta levada a efeito pelo réu não vai além do desvalor da ação e do resultado coligidos pelo legislador. O acusado possuía plena consciência da ilicitude e podendo se determinar de modo diverso, não o fez. Antecedentes: o réu não possui antecedentes criminais. Conduta social e personalidade: O comportamento do réu, aferido no momento do crime, restou denegrido, vez que o acusado foi reconhecido pelas testemunhas como pessoa de índole violenta e que se envolvia em confusões. Motivos do Crime: não prejudicam o réu nessa fase, porque qualificam o delito. Circunstâncias do Crime: não prejudicam o

> acusado. Consequências da conduta ilícita: foram além das próprias do crime, porque sobreveio seqüelas à vítima que tem debilidade de movimento na mão que usou para defesa. Comportamento da vítima: a vítima não contribuiu para a eclosão do evento. Preponderando circunstâncias subjetivas parcialmente desfavoráveis ao réu, aplico-lhe a pena-base em 14 anos (quatorze) anos de reclusão (1/6 acima do mínimo legal). Atenuantes e Agravantes: Não há agravante. Presente a atenuante da menoridade, apenas, na medida em que o acusado apresentou tese de Defesa com suas declarações, reduzo a pena em 1/6. Das causas de Diminuição e de Aumento de Pena: Não há causas de aumento. Presente a causa de diminuição do art. 14, II, do Código Penal, reduzo a pena em 1/2, tendo em conta o fato de o acusado ter atingido a vítima nas mãos, em claro movimento de quem defendia o peito de um instrumento altamente lesivo, qual seja, uma faca com 26cm, sendo 14cm de lâmina. Por mais que a vítima não tenha sido ferida mortalmente, tal se deveu ao seu instinto de Defesa de segurar o instrumento cortante, o que implicou vinte e sete pontos e debilidade de movimento. A extensão do ferimento na mão indica que o golpe foi intenso. Daí se percebe que o acusado se aproximara de forma mediana da consumação, por isso a menor redução Pena Definitiva: Destarte, fixo a pena definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime inicialmente SEMIABERTO" (e-STJ, fl. 78).

Como se vê, a pena-base foi exasperada em razão dos vetores "conduta social", "personalidade", "consequências" e "comportamento da vítima".

Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, essa corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. *In concreto*, segundo as testemunhas ouvidas durante a persecução penal, o réu, no momento da prática delitiva, possuía índole violenta e se envolvia em confusões, o que justifica o incremento da básica pela conduta social. Ainda que tenha havido mudança de comportamento do réu com o passar dos anos, tendo adotado postura menos agressiva e mais madura, o que é louvável, as circunstâncias de natureza subjetiva se referem à persona do réu quando do cometimento do crime.

Porém, tais fundamentos não permitem a valoração negativa da conduta social e do comportamento da vítima, por caracterizar *bis in idem.*

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, não se revela razoável admitir que as sequelas causadas ao ofendido possam ser absorvidas pelo resultado, nos termos do reconhecido para o homicídio consumado, sendo possível, por certo, a exasperação da pena pelas consequências do crime na hipótese de tentativa cruenta ou vermelha, desde que o ofendido sofra algum ferimento grave durante o processo de execução do delito.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE

LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. (I) - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DE INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. (II) - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. (III) - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *In casu,* verifica-se que o recorrente não aponta expressamente qual norma teria sido objeto de interpretação divergente, não evidenciando, assim, os motivos que fundamentariam a irresignação.
Incidência do enunciado n.º 284 da Súmula do STF.

2. Mesmo nas hipóteses de interposição do apelo especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, faz-se imperiosa a indicação do dispositivo da legislação infraconstitucional federal sobre o qual recai a alegada divergência, sob pena de deficiência na fundamentação recursal.

3. A não observância dos requisitos do artigo 255, parágrafo 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional.

4. 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 absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

5. O Tribunal *a quo* apresentou fundamentação idônea para exasperar a pena-base, tendo assentado que as consequências foram graves, já que "a vítima teve agravado o seu quadro crônico, perdeu os dentes frontais, a ensejar situações vexatórias, além de perder o emprego".

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1226330/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/5/2018, DJe 24/5/2018, grifou-se).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA GRAVE. ARTIGO 129, § 1º, I, II E III DO CÓDIGO PENAL C/C A AGRAVANTE DO ART. 61, II, C, DO CÓDIGO PENAL (À TRAIÇÃO, EMBOSCADA OU RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO). VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 59 E 68 DO CP. PENA-BASE. ACÓRDÃO DESAFIADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO A RESPALDAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal *a quo*, de forma fundamentada, mantendo na íntegra

> **a sentença condenatória, concluiu pela fixação da pena-base acima do mínimo legal, reputando desfavoráveis a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e, principalmente, as consequências do crime, tendo em vista a lesão de caráter permanente suportada pela vítima.**
> 2. Devidamente motivada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, a pretensão de revisão das circunstâncias judiciais com o objetivo de refazimento da sanção do ora agravante demandaria, na hipótese, reexame probatório incompatível com a via do recurso especial, a teor da Súmula 7 desta Corte.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 696.986/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 1/12/2015, grifou-se).

Por outro lado, o comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, essa circunstância deve ser considerada neutra.

Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PENA-BASE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. **De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição. Precedentes.**
> 2. Agravo regimental não provido"
> (AgInt no REsp 1710287/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/2/2018, DJe 15/2/2018, grifou-se).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. **Conforme a jurisprudência pacificada nesta Corte, o comportamento da vítima, que em nada concorreu para a prática delitiva, não poderá ser sopesado para fins de exasperação da pena-base, tratando-se de circunstância neutra ou favorável. Portanto, na hipótese em que não houver interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorrido na hipótese em análise, essa circunstância judicial deve ser considerada neutra.**
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento"
> (AgInt no AREsp 443.079/AL, da minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifou-se).

Quanto à proporcionalidade da pena-base, considerando a presença de duas circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento ideal de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 18 anos, chega-se ao incremento de 4 anos e 6 meses, ou seja, a reprimenda de 14 anos e 6 meses de reclusão, patamar inferior ao estabelecido pelas instâncias ordinárias, ficando, portanto, tal *quantum* mantido, dado o óbice ao *reformatio in pejus.*

Por outro lado, razão assiste ao impetrante quanto à incidência da atenuante da confissão espontânea.

Isso porque, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.
>
> **1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.**
>
> 2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.
>
> 3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.
>
> 4. "A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora" (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).
>
> 5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se);
>
> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA.

> COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.
>
> **2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.**
>
> *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC 393.104/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se).

Quanto à aplicação de maior redutor de pena, em face do crime tentado, assinale-se que o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

No caso em apreço, as instâncias ordinárias aplicaram a redução pela tentativa em 1/2, tendo em vista o *iter criminis* percorrido pelo agente, pois o evento morte apenas não foi atingido em razão de ato da vítima, que, em claro movimento de defesa, foi atingida em sua mão com uma faca de 26 cm e 14 cm de lâmina, o que acarretou lesão permanente.

Não há, portanto, nenhuma ilegalidade a ser reparada. De mais a mais, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do remédio heróico, demanda o revolvimento da matéria probatória, situação vedada no âmbito da via eleita.

Veja-se:

> PENAL *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. REDUTOR GENÉRICO DA TENTATIVA APLICADO NA FRAÇÃO DE 1/2 MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ITER CRIMINIS CONSIDERADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. REGIME INICIAL

> MAIS GRAVOSO BASEADO EM CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> III - Na hipótese, o eg. Tribunal de origem procedeu a adequação da fração aplicada, aumentando-a de 1/3 (um terço) para 1/2 (metade) levando em conta o critério do iter criminis percorrido, não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão está em consonância com jurisprudência desta Corte, que no tocante a diminuição da pena pela tentativa deve se considerar o iter criminis percorrido pelo agente para a consumação do delito.
> IV - Para se concluir de maneira diversa acerca da aplicação do redutor legal, seria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento que não se admite na via estreita do habeas corpus. Precedentes.
> [...]
> Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação. (HC 458.656/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018).

Nesse contexto, evidenciada manifesta ilegalidade na segunda fase do cálculo dosimétrico, passa-se à nova individualização da pena.

Partindo-se da pena-base de 14 anos de reclusão, a reprimenda merece reduzida em 1/3 pela confissão espontânea e pela menoridade relativa e, portanto, deve ser reconduzida ao piso legal, em razão do óbice da Súmula 231/STJ, chegando-se a 12 anos de reclusão. Em seguida, pela tentativa, a pena deve ser reduzida em 1/2, totalizando 6 anos de reclusão, nos moldes do reconhecido pelas instâncias ordinárias.

Por derradeiro, caso tenha sido 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. 1°, 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 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, § 3° 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.).

In concreto, tratando-se de réu primário, que fora condenado ao cumprimento de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, e tendo havido valoração negativa de circunstâncias judiciais, percebe-se que seria possível fixar o regime prisional fechado, tendo a sentença, ao estabelecer o meio prisional intermediário, sido bastante benéfica do réu.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator