

**HABEAS CORPUS Nº 542.657 - SP (2019/0324488-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : **CARLOS ALBERTO FLAUZINO**  
**ADVOGADO** : **CARLOS ALBERTO FLAUZINO - SP215598**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE** : **RICARDO FERREIRA DE ARAUJO**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RICARDO FERREIRA DE ARAUJO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1500035-69.2018.8.26.0610).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, II e IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, tendo em vista que ele, outro acusado e um terceiro ainda não identificado "*subtraíram, para si, mediante fraude, coisa alheia móvel, consistente em um cartão de crédito, pertencente a L. DOS S.T.*" (e-STJ fl. 392).

Interposta apelação, os desembargadores da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 480/488). Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 481):

*Furto qualificado tentado. Art. 155, § 4º, inciso II e IV, c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Fixação da pena-base no mínimo legal ou em patamar menor. Impossível. Delito praticado mediante dupla qualificação. Redução da pena através da preponderância da circunstância atenuante relativa à confissão espontânea – Inviável Compensação aplicada em sentença se mostra suficiente para garantir o caráter repreensivo da pena. Aplicar a diminuição inerente à tentativa em seu grau máximo. Incogitável. Iter criminis foi percorrido quase que em sua totalidade. Estabelecimento de regime aberto para início do cumprimento. Inadequado. Circunstâncias negativas relativas à gravidade e censurabilidade não permitem a aplicação de regime mais brando. Robusto conjunto probatório. Pena e regime mantidos. Recurso desprovido.*

Neste writ, a defesa aponta constrangimento ilegal decorrente do cálculo dosimétrico e do regime prisional mais gravoso.

# Superior Tribunal de Justiça

Sustenta que a pena-base foi exasperada, desproporcionalmente, em 37,5%, somente em razão da maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente, e ressalta que o referido aumento deve obedecer à fração mínima de 1/6.

Assevera, também, que, na terceira fase da dosimetria, a reprimenda foi diminuída na fração mínima de 1/3 pela tentativa e alega que *"a vítima havia introduzido o cartão, porém [os] agentes não tiveram posse do cartão e nem da senha, [ou] seja o iter criminis teve um caminho curto percorrido, devendo ser reduzida a pena no máximo"* (e-STJ fl. 8).

Ressalta, ainda, que *"a fundamentação para a não concessão do regime aberto seria a circunstância desfavorável (censurabilidade), a qual foi utilizada uma qualificadora inclusive para aumentar a pena-base"*, e reforça que *"as circunstâncias não são desfavoráveis, sendo para a majoração da pena-base foi usada uma das qualificadoras"* (e-STJ fl. 9).

Invoca, assim, o art. 33 do Código Penal, bem como as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Por fim, asseve a possibilidade de substituição da custódia por medidas diversas da prisão, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, requer, liminarmente, que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, postula a readequação da reprimenda e o abrandamento do regime prisional nos termos acima expostos (e-STJ fls. 3/18).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 553/555).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 597/603).

É o relatório.

**Decido.**

Preliminarmente cumpre ressaltar que, na esteira da orientação

jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, acerca da dosimetria da pena, consta do acórdão impugnado o seguinte (e-STJ fls. 485/487):

*Atendendo aos critérios do artigo 59 do Código Penal, o juiz a quo aplicou a pena na sentença, fixando a **pena-base** acima do mínimo legal, perfazendo **02 anos e 09 meses de reclusão** e 13 dias-multa, no valor mínimo legal, tendo em vista que se encontra diante de **delito duplamente qualificado**, sendo patente que, nestes casos, uma das qualificadoras deve atuar como circunstância desfavorável.*

*Destarte, de rigor foi o aumento aplicado em 01ª Instância, no patamar de 3/8, posto que a ação dos réus revelou-se de **intensa culpabilidade** ao praticarem um delito extremamente elaborado e fazendo diversas vítimas. Em razão disso, a gravidade das condutas mostrou-se elevada. Ainda, considerar a segunda ou demais qualificadoras para aumento da pena-base não é apenas questão de obediência aos ditames da lei penal, é também respeito ao princípio de individualização da pena.*

*Desta forma, não há que se dizer em diminuição do patamar acrescido, não cabendo acolhimento ao pleito defensivo, até porque a pena encontra-se dentro dos limites permitidos e em pleno acordo com os ditames legais. Isto posto, respeita-se o princípio da livre convicção do Juiz.*

*Na segunda fase, para ambos os réus, verificou-se a presença da **agravante relativa à prática de delito contra idoso e da atenuante da confissão espontânea**, pelas quais os réus foram beneficiados com a compensação integral.*

*Neste ponto, ressalta-se, que é de livre convicção do juiz a avaliação sobre as agravantes e atenuantes configuradas, tendo em vista que, neste caso, as circunstâncias foram sopesadas como equivalentes, o que deve prevalecer, para que a reprimenda se mostre capaz de repreender o ilícito e de demonstrar a reprovabilidade das condutas.*

*Desta feita, impossível acolher o pleito defensivo e conceder qualquer diminuição na sanção imposta, motivo pelo qual agravante e a atenuante mantém-se compensadas e a pena estabelecida anteriormente resta inalterada.*

*Na terceira fase, a sanção foi reduzida em 1/3, pela aplicação do disposto no artigo 14, inciso II, do Código Penal, pois ficou reconhecida nos autos a modalidade tentada do delito.*

*Portanto, as penas restaram definitivas em 01 ano e 10 meses de reclusão, e 08 dias-multa, fixados no valor mínimo legal, para ambos os réus, Diego Pereira e Ricardo Ferreira de Araújo.*

*É igualmente inatendível o pleito formulado pela defesa dos*

*recorrentes de aumento da fração redutora aplicada no caso em tela por força do artigo 14, inciso II, do Código Penal, já que na tentativa, o Magistrado deve levar em conta o iter criminis, isto é, o maior ou menor caminho percorrido pelo agente em direção à consumação do crime, sendo a diminuição cada vez menor conforme a ação delituosa se aproxima da consumação.*

***No presente caso, os réus se apossaram dos objetos, vez que o cartão da vítima já se encontrava travado dentro do caixa eletrônico e todo o expediente fraudulento já tinha se operado. Por pouco o intento se consumaria.***

*Ainda, com o devido respeito, não atende razão ao pedido da defesa de alteração dos regimes iniciais fixados.*

*Agiu corretamente o M.M. Magistrado a quo, ao fixar o regime semiaberto como modalidade inicial de cumprimento da pena a ambos os recorrentes, posto que medida mais branda não seria compatível com o caráter coercitivo das medidas impostas aos réus. Eis que, no caso em tela, pesa-se a circunstância judicial desfavorável contra Diego e Ricardo, que denota a maior censurabilidade das condutas praticadas pelos agentes. Destarte, o regime aberto não se faria apto para cumprir as funções das penas, bem como não atenderia aos princípios da suficiência e da individualização das mesmas, mostrando-se demasiado brando ao caso em comento.*

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aventadas.

O Código Penal, em seu art. 14, inciso II, adotou a teoria objetiva ou realística, pela qual se pune de forma menos rigorosa o crime tentado.

Desse modo, a pena do crime tentado recebe a mesma pena do crime consumado, reduzida de 1/3 a 2/3.

Sobre tal critério, é a pertinente lição de NUCCI:

*[...] o juiz deve levar em consideração apenas e tão somente o iter percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito. Não se leva em conta qualquer circunstância - objetiva ou subjetiva -, tais como crueldade no cometimento do delito ou péssimos antecedentes do agente." (NUCCI. Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 169-170).*

No mesmo sentir, o vaticínio de Rogério GRECO:

*[...] o percentual de redução não é meramente uma opção do julgador, livre de qualquer fundamento. Assim, visando trazer critérios que possam ser aferidos no caso concreto, evitando-se*

*decisões arbitrárias, entende a doutrina que quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução". (GRECO, Rogério; Curso de Direito Penal, vol. I. Niterói: Impetus,, 2005, p. 294).*

De acordo com a situação fática delineada no acórdão impugnado, entendo por suficientemente fundamentada a opção pela fração de 1/3 para a redução referente à tentativa, tendo em vista a proximidade dos agente em relação à consumação do delito.

De mais a mais, para rever a conclusão alcançada na origem, alterando os fatos deduzidos nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, imperioso seria o reexame de fatos e provas, providência incompatível com os estreitos limites da presente ação constitucional.

À propósito:

*HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. [...]*

*4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao quantum de redução pela tentativa, o critério do iter criminis percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.*

*5. Habeas corpus não conhecido.*

(HC 339.562/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 09/03/2016, grifei.)

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA PELA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE FUNDADA EM UMA MESMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. PRESENÇA DE MAIS DE UMA MAJORANTE NO CRIME DE ROUBO. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. SÚMULA 443/STJ. APLICAÇÃO. TENTATIVA. QUANTUM DA*

*DIMINUIÇÃO. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO À PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RÉU REINCIDENTE. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]*

*4. Tendo as instâncias ordinárias concluído que o paciente percorreu quase todo o iter criminis, não tendo o crime se consumado por circunstâncias alheias a sua vontade, descabe a alteração, por esta Corte, sobre o entendimento a respeito da maior ou menor proximidade da consumação do delito, tendo em vista a necessidade, para tanto, de exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em habeas corpus.*

[...]

*6. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para reduzir a penas a 4 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão, em regime fechado, e 13 dias-multa.*

(HC 190.060/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015, grifei.)

*HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*

[...]

*4. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/3 de redução de pena em decorrência da tentativa, visto que as instâncias ordinárias fundamentaram, com base nas circunstâncias do caso concreto, a redução de pena no referido patamar, tendo salientado que "houve perigo de morte" (no caso, houve cinco disparos de arma de fogo contra a vítima).*

*5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de reduzir a pena-base do paciente, em relação a ambos os delitos, tornando a sua reprimenda definitiva em 10 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.*

(HC 212.775/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 09/10/2014, grifei.)

Quanto à pena-base, tenho que, não obstante o fundamento para a sua exasperação apresente-se idôneo, o *quantum* de acréscimo praticado com esteio em apenas uma vetorial negativa mostra-se desproporcional e desarrazoado.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é a de que

é proporcional a fração de 1/6 para cada vetorial negativa, considerada no cálculo da pena-base, o que revela a necessidade de reparo na dosimetria da reprimenda.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.*

*1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base, o que revela a idoneidade e a consequente desnecessidade de qualquer reparo na decisão agravada.*

*2. Ao contrário do sustentado pelo agravante, no caso, não houve necessidade de incursão no acervo probatório dos autos, para se concluir pela violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal, uma vez que a situação fática já estava delineada no acórdão recorrido. Não há se falar, portanto, na incidência da Súmula 7/STJ.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 856.661/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017, grifei)*

*PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 14 DA LEI 6.368/1976). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CULPABILIDADE ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*

*2. O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.*

*3. Desse modo, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de*

*partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de discricionariedade vinculada, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódoxe normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.*

*4. Conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal violado, são inservíveis para fins de majoração da pena-base (HC 144.765/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).*

*5. Em atendimento ao princípio da proporcionalidade, quando presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima (HC 341.706/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).*

*6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento, no caso, deveu-se à existência de circunstância judicial desfavorável, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o 59, ambos do Código Penal.*

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação. (HC 368.214/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017, grifei)*

**RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ELEMENTO PSÍQUICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO EXTERNO. INGESTÃO DE ÁLCOOL. EXCESSO DE VELOCIDADE. INDIFERENÇA ANTE O RESULTADO DANOSO. DOLO EVENTUAL RECONHECIDO. CONDENAÇÃO. PROVA JUDICIALIZADA. PENA-BASE. QUANTUM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

*1. O elemento psíquico do agente é extraído dos elementos e das circunstâncias do fato externo. Não há como afastar o decism que reconheceu o dolo eventual em crime de homicídio na direção de veículo automotor, de forma fundamentada e com base nas provas dos autos, ao apontar sinais concretos do agir doloso, a saber, a ingestão de álcool, o excesso de velocidade e a indiferença do recorrente ante o resultado danoso.*

*2. A investigação conclusiva sobre a alegada ausência do elemento subjetivo do tipo demandaria incursão vertical sobre o extenso material probatório produzido sob o crivo do contraditório, vedada pela Súmula n. 7 do STJ.*

*3. Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de decreto condenatório fundado exclusivamente em elementos*



*informativos colhidos durante o inquérito policial. Sem embargo, o magistrado pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual, ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo, exatamente como na espécie.*

*4. A morte prematura da vítima, que, aos 44 anos, deixou, especialmente, filhos órfãos, justifica a conclusão pela valoração negativa das consequências do delito.*

*5. Muito embora a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não seja uma operação aritmética, com pesos determinados a cada uma delas, extraídos de simples cálculo matemático, o patamar utilizado pelo Tribunal de origem está bem superior às balizas fomentadas por esta Corte, que admite o acréscimo em até 1/6 da pena-base para cada circunstância judicial desfavorável, salvo peculiaridade que justifique incremento maior.*

*6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reduzir a reprimenda imposta ao recorrente. (REsp 1.358.116/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 10/10/2016, grifei)*

Desse modo, passo ao recálculo da pena, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, estabeleço a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão, isto é, 1/6 acima do mínimo legal, em razão da circunstância judicial considerada negativa, a culpabilidade.

Na fase intermediária, mantenho a compensação realizada na origem.

Por derradeiro, mantenho a redução em 1/3 em virtude da tentativa, ficando a reprimenda concretizada em 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão.

Embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 anos de reclusão, a análise desfavorável de circunstâncias judiciais faz com que o regime semiaberto seja o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO DA INDEVIDA UTILIZAÇÃO DA PROFISSÃO NA PRÁTICA DELITIVA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E AGRAVAR A SANÇÃO PELO ART. 62, II, "G", DO CÓDIGO PENAL. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO.*

*CIRCUNSTÂNCIAS E FATOS DISTINTOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ADC'S 43, 44 e 54. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*7. Aplicada a pena final em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.*

*8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito subjetivo (art. 44, III, do Código Penal).*

[...]

(HC 515.695/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

Ademais, de acordo com o que preceitua o art. 44 do CP, a presença de circunstâncias judiciais negativas impede a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, uma vez que demonstra que a medida não se mostra socialmente recomendável nem suficiente para a prevenção e repressão do crime. Confira-se:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO PERSA. ARTIGO 288 DO CP (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.850/2013). QUADRILHA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Pode haver a valoração negativa da culpabilidade, pois a prática criminosa ter envolvido "toda uma teia de fraudes", demonstrando a premeditação do crime, junto ao fato do acusado ter descumprido deveres inerentes à Administração Pública justificam o maior desvalor dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada.*

*2. No presente caso, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos (1 ano e 3 meses de reclusão), sendo primário o*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*acusado e sem antecedentes, a presença de circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade e consequências do crime) veda a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal, uma vez que demonstra que a medida não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a prevenção e repressão do crime.*

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1485985/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** para reduzir a pena do paciente para 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator