



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 564144 - SP (2020/0050454-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ELAINE SANTANA DA SILVA
ADVOGADO : ELAINE SANTANA DA SILVA - SP190188
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO LUIZ MONTEIRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrante em favor de **RICARDO LUIZ MONTEIRO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena 1 ano e 3 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 147 do Código Penal (duas vezes) e art. 24-A da Lei 11.340/2006 (duas vezes), facultado o apelo em liberdade (e-STJ, fls. 19-25).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo. O aresto restou assim ementado:

“AMEAÇA EM ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA - Sentença condenatória - Defesa pleiteia a absolvição quanto ao delito de ameaça, alegando que a ausência de pavor pela vítima não configura o crime. Subsidiariamente, a fixação da pena base no mínimo legal, para ambos os delitos; a aplicação de regime prisional menos gravoso - Descabimento - Fatos típicos, com autoria e materialidade certas - Dolo bem demonstrado - Condenação mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.” (e-STJ, fl. 33),

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante ser cabível o regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, sobretudo por ser o paciente primário, de bons antecedentes e não ter praticado crime com violência ou grave ameaça à pessoa.

Aduz que o fato delitivo ocorreu há 2 anos, sendo desproporcional o recolhimento do acusado a presídios superlotados e desestruturados.

Requer, liminarmente, a sustação do mandado de prisão e, no mérito, pleiteia a fixação do regime aberto, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou o deferimento da prisão domiciliar.

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.

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 da apelação, respectivamente:

“[...] Passo a dosar a pena.

Das três ameaças, duas foram contra a vida da vítima, razão pela qual fixo a pena-base delas em 4 meses de detenção, além de 220 dias-multa. Não há outras circunstâncias judiciais que já não estejam ínsitas à figura penal do art. 147 do

Código Penal, bem como inexistem agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

Em relação aos descumprimentos de medidas protetivas não há circunstâncias judiciais que já não estejam ínsitas à figura penal do art. 24-A da lei especial, bem como inexistem agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

Regime inicial, diante das circunstâncias judiciais negativas, é o semiaberto.

Inviável o benefício da substituição em razão da natureza do delito, notadamente pela ameaça." (e-STJ, fl. 24).

"[...] Analisada a matéria de fundo, passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase, a reprimenda foi corretamente elevada, levando-se em conta os critérios do art. 59 do Código Penal e a quantidade de delitos perpetrados pelo acusado. Quanto ao delito de descumprimento de medidas protetivas de urgência, foi fixada em seu mínimo legal. Inexistindo circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou diminuição de pena, as reprimendas foram somadas diante do concurso material de delitos, uma vez que as ações do apelante foram autônomas e independentes.

Não é demais lembrar que não há, no ordenamento jurídico pátrio, lei que estabeleça percentuais específicos para sua fixação, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do Juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena. E isso foi devidamente observado pelo Meritíssimo Juiz da causa, pois a pena foi aplicada em conformidade com os limites mínimo e máximo previstos para o crime, mostrando-se adequada ao caso em exame.

Por fim, quanto ao regime prisional, presentes os requisitos do art. 33, § 2º do Código Penal, o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena imposta é o mais adequado diante da quantidade e natureza dos delitos." (e-STJ, fls. 21-22).

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".

No caso dos autos, a instâncias ordinárias estabeleceram a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, o que, por si só, 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.

Assim, em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de detenção, tratando-se de réu com circunstância judicial desfavoravelmente valorada, não há que se falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor.

A corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. QUANTIDADE DE DROGAS. ELEMENTO INSUFICIENTE PARA COMPROVAR DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL. PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE RECLUSÃO, CONTUDO, CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO SE MOSTRA MAIS ADEQUADO. AGRAVO IMPROVIDO.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do

delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

- No caso, o fundamento utilizado pelo Tribunal local não deve prevalecer, tendo em vista que a quantidade de droga, por si só, não é argumento idôneo capaz de afastar a aplicação da redutora. Assim, de rigor a aplicação da redutora do tráfico.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal, contudo, sendo o quantum da pena não superior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto se mostra mais adequado.

- Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC 441.183/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/3/2020, DJe 23/3/2020, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 241-A E 241-B DA LEI 8.069/90. PENAS-BASES. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PROPORCIONALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE AUSÊNCIA. WRIT DENEGADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em regra, não se presta o habeas corpus à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

2. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

3. No que tange à proporcionalidade de aumento da pena-base, ressalta-se que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos.

4. Tem-se por válido o incremento das penas-bases dos crimes previstos nos arts. 241-A e 241-B da lei 8.069/90 com fundamento na valoração negativa da culpabilidade, conduta social e consequências do delito, porquanto alicerçado em elementos concretos dos autos que desbordam o tipo penal incriminador, evidenciando maior reprovabilidade da conduta, já que se consignou que o paciente divulgou as fotos e vídeo da vítima por diversas vezes, inclusive para sua genitora, após um período de chantagem contra a mesma, caso essa não reatasse o namoro. Por óbvio as consequências para a ofendida foram extremamente graves, causando sério abalo emocional, como se percebe de seu depoimento em juízo, denegrindo sua imagem, junto a familiares, amigos e até mesmo desconhecidos. De igual modo, a conduta de manter imagens pornográficas e de sexo explícito da menor, bem como de criança de tenra idade (não mais que dois anos) masturbando órgão genital masculino extrapolam a culpabilidade do tipo e demonstram a "conduta social reprovável e a personalidade sexualmente depravada.

5. Considerando a existência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, não se revela desproporcional o aumento de 1 ano, 9 meses e 5 dias para o delito previsto no art. 241-A, e de 7 meses e 1 ano para o previsto no art. 241-B, ambos da Lei 8.069/90, os quais prevêm, respectivamente, penas entre 3 a 6 anos e entre 1 a 4 anos.

6. É possível a fixação de regime mais gravoso com fundamento nas

circunstâncias desfavoráveis que ocasionaram o agravamento da pena-base, inviabilizando a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33 c/c o art. 59 e art. 44, todos do Código Penal.

7. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC 548.907/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/3/2020, DJe 10/3/2020, grifou-se).

No tocante à substituição de pena, malgrado a Lei 11.340/2006 não vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, obstando apenas a imposição de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o art. 44, I, do CP proíbe a conversão da pena corporal em restritiva de direitos quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Assim, este Superior Tribunal de Justiça tem proclamado, em casos de crimes contra a mulher em âmbito doméstico, a inviabilidade da substituição da pena, tendo em vista que, não obstante a sanção imposta ao recorrido tenha sido inferior a 4 anos, a espécie é de delito cometido com grave ameaça à pessoa, o que impede a obtenção da benesse, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 588/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, a reincidência é fundamento adequado e suficiente para justificar a imposição de regime inicial mais severo. Precedentes.

2. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos crimes em que há o emprego de violência contra a pessoa, como é o caso da lesão corporal decorrente de violência doméstica.

3. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Súmula 588/STJ.

4. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de suposta ofensa a dispositivos ou princípios constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1467459/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/2/2020, DJe 2/3/2020, grifou-se);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme de "o art. 44, I, do Código Penal, impede aos condenados por crimes praticados com violência ou grave ameaça no âmbito doméstico a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (HC 293.534/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/4/2016).

2. A possibilidade de proposta de suspensão condicional da pena não foi alvo de deliberação pelo Tribunal Estadual, o que impede a análise do tema nesta Corte, ante o óbice da Súmula n. 211/STJ. Não obstante, entendo que o acusado não faz jus ao benefício, visto que não preenche todos os requisitos previstos no art. 77 do Código Penal, por se tratar de crime cometido mediante violência, ou seja, consta nos autos que o réu praticou vias de fato contra a vítima, sua ex-convivente, desferindo-lhe tapas no rosto e puxões de cabelo.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1547408/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe

16/8/2017, grifou-se).

Neste contexto, foi editada a Súmula 588/STJ, segundo a qual, "a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

Outrossim, o inciso III do art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "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".

No caso em análise, tendo sido reconhecida circunstância judicial desfavorável ao paciente, tanto é que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, não se revela admissível a concessão do aludido benefício, sem que se possa inferir *bis in idem* ou arbitrariedade em tal conclusão.

Por fim, no tocante à prisão domiciliar, extrai-se dos autos que o referido pleito não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o exame de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator