



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.232 - SP (2013/0390990-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SALVATORE DANIEL GEMMELLARO (PRESO)
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS FERREIRA
PACIENTE : MARCOS ROBERTO XAVIER

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. FRAÇÃO EMPREGADA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A tese defensiva acerca da intempestividade do recurso ministerial não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais.

4. Consoante jurisprudência consolidada desta Corte, não há falar em ilegalidade na dosimetria da pena se as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação da pena no patamar estabelecido. Nessas condições, inviável, pois, por meio de *habeas corpus*, aferir o *quantum* aplicado, sob pena de revolvimento fático-probatório.

5. As condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes.

6. Esta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.

7. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

8. *In casu*, quanto ao **paciente Rodrigo**, majorada a pena na fração de 1/2 (metade), em razão apenas de uma condenação transitada em julgado, pelo crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de tráfico de entorpecentes, verifica-se a desproporcionalidade, sendo suficiente a fixação no patamar de 1/3.

9. A dosimetria penal do paciente Marcos está devidamente fundamentada, sem que reste evidenciada dupla valoração de um mesmo antecedente e desproporcionalidade na fração e, portanto, flagrante ilegalidade na sanção.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a reprimenda final de **Rodrigo** para 8 (oito) anos de reclusão, mais 800 (oitocentos) dias-multa.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.232 - SP (2013/0390990-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SALVATORE DANIEL GEMMELLARO (PRESO)
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS FERREIRA
PACIENTE : MARCOS ROBERTO XAVIER

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso com pedido liminar impetrado em favor de SALVATORE DANIEL GEMMELLARO e OUTROS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que os pacientes foram condenados pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 às penas de: (a) Salvatore: 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, convertida em 2 (duas) penas restritivas de direito, mais 400 (quatrocentos) dias-multa; (b) Rodrigo: 9 (nove) anos de reclusão, em regime fechado, mais 900 (novecentos) dias-multa; e (c) Marcos: 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, mais 820 (oitocentos e vinte) dias-multa.

Irresignados, apelaram o Ministério Público e os ora pacientes. Foi negado provimento aos recursos defensivos e, acolhida a pretensão ministerial para, afastando a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, aumentar a pena de Salvatore originalmente imposta para 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, mais 600 (seiscentos) dias-multa, e expedir mandado de prisão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Neste *writ*, sustenta o impetrante constrangimento ilegal diante da exacerbação da pena de Salvatore em grau recursal, uma vez que seria intempestivo o recurso ministerial, fato que impediria o seu conhecimento e, por conseguinte, a reforma da sentença.

Assevera, ainda, excessiva elevação da pena de Rodrigo e de Marcos em razão da reincidência, cuja fundamentação não se mostra idônea.

No ponto, destaca que "Marcos e Rodrigo possuem apenas e tão-somente uma condenação definitiva anterior valorada como agravante. Não se trata, portanto, de reincidência múltipla. Rodrigo, é verdade, é reincidente específico. Porém, o fato de a recidiva ser específica, por si só, não autoriza a imposição da fração de 1/2 (metade), sendo esta majoração, indubitavelmente, excessiva e desproporcional" (e-STJ, fl. 6).

Pugna, liminarmente, pela expedição de alvará de soltura em favor do paciente Salvatore.

No mérito, requer a concessão da ordem nos termos da irresignação impetrada.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 75-77).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 95-208, 210-291 e 325-345).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 295-316).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.232 - SP (2013/0390990-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SALVATORE DANIEL GEMMELLARO (PRESO)
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS FERREIRA
PACIENTE : MARCOS ROBERTO XAVIER

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. FRAÇÃO EMPREGADA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A tese defensiva acerca da intempestividade do recurso ministerial não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.
3. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais.
4. Consoante jurisprudência consolidada desta Corte, não há falar em ilegalidade na dosimetria da pena se as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação da pena no patamar estabelecido. Nessas condições, inviável, pois, por meio de *habeas corpus*, aferir o *quantum* aplicado, sob pena de revolvimento fático-probatório.
5. As condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes.
6. Esta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.
7. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.
8. *In casu*, quanto ao **paciente Rodrigo**, majorada a pena na fração de 1/2 (metade), em razão apenas de uma condenação transitada em julgado, pelo crime de tráfico de entorpecentes, verifica-se a desproporcionalidade, sendo suficiente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação no patamar de 1/3.

9. A dosimetria penal do paciente Marcos está devidamente fundamentada, sem que reste evidenciada dupla valoração de um mesmo antecedente e desproporcionalidade na fração e, portanto, flagrante ilegalidade na sanção.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a reprimenda final de **Rodrigo** para 8 (oito) anos de reclusão, mais 800 (oitocentos) dias-multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

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.

De início, verifica-se que a tese defensiva acerca da intempestividade do recurso ministerial não foi objeto de julgamento pelo Tribunal de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Por outro lado, quanto à reincidência, assim ficou consignado na sentença condenatória:

"DO RÉU RODRIGO DOS SANTOS FERREIRA

Atento às diretrizes dos arts. 42 e 43 da Lei nº 11.343/06 e ao art 59 do Código Penal, considerando a grande quantidade e diversidade da droga apreendida, consistente em 101 (cento e uma) porções de entorpecente, incluindo maconha, cocaína e crack, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Em segunda fase, incide a circunstância agravante pelo fato de o réu ser reincidente específico, prevista pelo art. 61, inciso I, do Código Penal, porquanto já foi condenado anteriormente, por sentença transitada em julgado, pela perpetração do grave crime tipificado pelo art. 12 da Lei n. 6.368/76 (fl. 91), fato esse a exigir maior reprovação, pois o réu insistiu em voltar a traficar entorpecentes. Majoro a pena, por conseguinte, para 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.

Em terceira fase, não há causas de diminuição ou aumento de pena a considerar.

Torno definitivas, portanto, as penas de 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.

2. DO RÉU MARCOS ROBERTO XAVIER.

Atento às diretrizes dos arts. 42 e 43 da Lei nº 11.343/06 e do art. 59 do Código Penal, verifico que a grande quantidade e diversidade da droga apreendida, consistente em 101 (cento e uma) porções de entorpecente, incluindo maconha, cocaína e crack, exigem maior reprimenda. **Ademais, o réu possui mau antecedente, consistente em condenação pela prática do delito tipificado pelo art. 16 da Lei n. 6.368/76 (fls. 95/96).**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixo a pena-base, destarte, em 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 620 (seiscentos e vinte) dias-multa.

Em segunda fase, deve ser considerada a circunstância agravante pelo fato de o réu ser reincidente, prevista pelo art. 61, inciso I, do, CP, porquanto já fora condenado anteriormente por transitada em julgada, pela perpetração do crime tipificado pelo art. 10 da Lei n. 9.437/97 (fl. 106), fato esse demandar maior reprovação. Majoro a pena, por conseguinte, para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 820 (oitocentos e vinte) dias-multa.

Em terceira fase, não há causas de diminuição ou aumento de pena a considerar.

Torno definitivas, portanto, as penas de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 820 (oitocentos e vinte) dias-multa.

Já o Tribunal de origem, no ponto, concluiu (e-STJ, fl. 52):

"Para os acusados RODRIGO e SALVATORE, as bases foram fixadas acima do mínimo, em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, considerada a grande quantidade e diversidade de drogas apreendidas (101 porções). Para MARCOS, a base foi fixada em 6 anos e 2 meses de reclusão e 620 dias-multa, considerada não só a grande quantidade de entorpecente apreendida, mas também o mau antecedente do acusado (folhas 95). Em seguida, para RODRIGO e MARCOS, em razão da reincidência de cada um deles (folhas 91 e 106), houve novo aumento. Considerando que RODRIGO é reincidente específico, o aumento foi da ordem de metade, totalizando 9 anos de reclusão e 900 dias-multa. Para MARCOS, o aumento na segunda fase resultou em 8 anos e 2 meses de reclusão e 820 dias-multa".

Pois bem.

Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais.

Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é um absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.

Dentro desse contexto, foi firmado entendimento no sentido de que a reincidência específica ou a multirreincidência podem justificar a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6).

In casu, observa-se que as instâncias ordinárias, em relação ao **paciente Rodrigo**, levando em consideração uma condenação anterior transitada em julgado, pelo crime de tráfico de entorpecentes (reincidência específica), concluíram por majorar a pena, na segunda etapa, na fração de 1/2 (metade).

Entretanto, em que pese tratar-se de reincidente específico, entendo que agravar a pena na metade, em razão **apenas de uma condenação** transitada em julgado, mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcional, sendo suficiente a fixação no patamar de 1/3.

Cito a propósito os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO DA PENA JUSTIFICADO ANTE A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

– Hipótese em que a fração de 1/3, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 348.170/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 2/5/2016).

"*HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena do paciente em 1/3, pois a instância antecedente destacou sua reincidência específica.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

4. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria."

(HC 233.205/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2016).

Assim, **redimensionando a pena de Rodrigo**, fixada a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, aumentada na segunda em 1/3 (um terço), resulta 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, a qual se torna definitiva, diante da ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Por outro lado, destaca-se que, nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR.

1. **O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreram há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base.**

2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

3. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 787.889/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NÃO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.

3. O patamar da reprimenda imposta (5 anos) não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a concessão da substituição da pena e, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, a fixação do regime aberto.

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 246.122/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016).

Ademais, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.

4. No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação" (HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.

3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de habeas corpus.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

5. A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado" (HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se)

Assim, **quanto ao paciente Marcos**, na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo pela consideração como maus antecedentes da condenação anterior por porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além dos critérios do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Na segunda fase, a título de reincidência, a condenação definitiva anterior pelo crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/97 elevou a pena em 2 anos.

Nesse aspecto, devidamente fundamentada a dosimetria penal do **paciente Marcos**, sem que reste evidenciada dupla valoração de um mesmo antecedente e desproporcionalidade na fração e, portanto, flagrante ilegalidade na sanção.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Concedo a ordem de ofício para redimensionar a reprimenda final de **Rodrigo** para 8 (oito) anos de reclusão, mais 800 (oitocentos) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0390990-1

HC 283.232 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106352320118260562 106352320118260562 2282011

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SALVATORE DANIEL GEMMELLARO (PRESO)
PACIENTE	: RODRIGO DOS SANTOS FERREIRA
PACIENTE	: MARCOS ROBERTO XAVIER
CORRÉU	: MANOEL RODRIGUES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.