



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 528.733 - RS (2019/0249404-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO CARLET FERREIRA
ADVOGADO : MARCELO CARLET FERREIRA - RS060406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DIEGO MENEZES RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ANÁLISE CONJUNTA DA DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS COMUNICÁVEIS OU COMUNS AOS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PERSONALIDADE. RÉU COM MAIS DE UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. HISTÓRICO CRIMINAL QUE CONFIGURA APENAS MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. PERSONALIDADE DO AGENTE AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. PRESENÇA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.
3. O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a utilização de fundamentação comum aos corréus na dosimetria da pena, sem que se possa falar em ofensa ao princípio da individualização da pena ou ao art. 93, IX, da Constituição Federal, desde que as circunstâncias lhes sejam comunicáveis ou comuns, como na hipótese.
4. As condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes. Precedentes da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.
5. Ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

6. Evidenciado que o paciente ostenta mais de uma condenação transitada em julgado, aptas a justificar a majoração da reprimenda na primeira e na segunda fases da dosimetria, não há que se falar em *bis in idem*.

7. Em relação às circunstâncias do crime, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois os agentes, “após praticarem o delito patrimonial, para fugirem, efetuaram disparos de arma de fogo em plena via pública, tendo inclusive um dos agentes trafegado com o caminhão subtraído na contramão, expondo a perigo toda a coletividade”.

8. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”. Recentemente, em 11/10/17, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.

9. Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

10. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das causas de aumento do concurso de agentes, do uso de arma de fogo e da restrição à liberdade da vítima, aplicaram a fração de 1/2 para majorar a pena, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. Isso porque as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o concurso de três agentes, todos usando armas de fogo, utilizadas para intimidar a vítima, que permaneceu em poder dos agentes por considerável lapso de tempo – entre 30 minutos e 1 hora –, denota a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 pela incidência das três majorantes do crime de roubo.

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que proceda à nova dosimetria da pena imposta ao paciente, obedecendo os limites dispostos na presente decisão, mantidos, no mais, os termos da sentença.

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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019 (data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 528.733 - RS (2019/0249404-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO CARLET FERREIRA
ADVOGADO : MARCELO CARLET FERREIRA - RS060406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DIEGO MENEZES RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **DIEGO MENEZES RODRIGUES** contra acórdão do Tribunal de Justiça Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 50 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, e absolvê-lo da conduta descrita no art. 180, *caput*, (e-STJ, fls. 19-44).

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, em acórdão restou assim ementado:

"APELAÇÃO-CRIME. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. EMPREGO DE ARMA. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. RECEPÇÃO. RESISTÊNCIA. 1. PRELIMINAR. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 212 DO CPP. QUESTIONAMENTOS FEITOS PELO MAGISTRADO. DESACOLHIMENTO. Embora a Lei 11.690/2008 tenha alterado a redação do art. 212 do CPP, possibilitando que as partes formulem suas indagações diretamente à testemunha, ao juiz é dado interferir nos questionamentos, nada impedindo que as argua primeiramente, sem que com isso esteja a imiscuir-se na função de acusador. Texto legal que não obsta que o juiz, destinatário da prova trazida pelas partes, inicie os questionamentos. Modificação legislativa que alcançou apenas o método de inquirição, com supressão da intermediação do magistrado em relação às perguntas. Exposição de Motivos que precedeu às reformas processuais contidas na novel legislação cuja justificativa dá conta do escopo de agilização do procedimento de produção da prova testemunhal e para o atendimento da exigência de um contraditório mais efetivo, sem prejuízo do controle judicial na coleta da prova. Orientação doutrinária e jurisprudencial. Nulidade inexistente. 2. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova produzida amplamente incriminatória. Crime de roubo. Confissão de um dos acusados plenamente confortada pelos relatos firmes e seguros da vítima, afirmando que fora abordada, em via pública, por sujeitos que, empunhando armas de fogo, obrigaram-na a estacionar o caminhão que guiava, subtraindo-o e levando-a consigo em um segundo veículo, no qual mantida de 30 minutos a 1 hora, até serem interceptados, pela polícia, tudo corroborado pelas narrativas dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos réus. Teses exculpatórias não comprovadas “*quantum satis*”. Condenação mantida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Crime de receptação. Dolo de receptação de difícil comprovação, justamente por se tratar de elemento subjetivo do tipo, de difícil percepção. No entanto, se o agente, surpreendido na posse de bem de procedência ilícita, alegar desconhecimento da origem espúria daquele, instaura-se a dúvida, que só pode ser dirimida a partir do exame criterioso de todas as circunstâncias que envolvem os fatos. Contexto probatório do qual se extrai a certeza da autoria e ciência inequívoca da origem ilícita da Van utilizada para transportar a vítima do roubo do caminhão, seja porque os outros dois comparsas do acusado Gelson, que a conduzia, foram reconhecidos pelo proprietário como sendo os roubadores, seja porque a estava utilizando para a prática de um ilícito, tratando-se, inclusive, de veículo clonado. Presunção de autoria. Inversão do “*onus probandi*”. Consunção. O crime de receptação, no caso, não restou absorvido pelo de roubo, porque não figurou como fase indissociável de seu desdobramento, o conduzir a Van de origem espúria, ao fim de transportar a vítima do roubo, não passando de uma das diversas maneiras que poderiam ter sido escolhidas para facilitar a ação subtrativa, apenas. Condutas autônomas. Precedente do STF. Condenação mantida. **Crime de resistência.** Situação na qual o apelante, após desapossar a vítima de seu veículo, consumando o crime de roubo, tendo sido, cerca de 30 minutos depois, localizado e perseguido pela polícia, realizou disparos de arma de fogo contra os agentes de segurança pública que atenderam à ocorrência. Bem evidenciada a reação violenta, contra funcionário público, ao fim de opor-se à execução de ato legal, em contexto fático diverso do qual realizado o roubo. Precedentes do E. STJ. Condenação mantida.

3. CRIME DE ROUBO. TENTATIVA. NÃO RECONHECIMENTO. DELITO CONSUMADO. A consumação do delito do roubo, segundo entendimento jurisprudencial dominante, dá-se no momento em que o agente torna-se possuidor de coisa alheia móvel subtraída, sendo prescindível até mesmo que a *res* saia da esfera da vigilância da vítima ou que o agente exerça a posse tranquila daquela. Teoria da *amotio* ou da *apprehensio*.

Hipótese em que concretizada a grave ameaça com o emprego de armas de fogo e arrebatado o caminhão do ofendido, que restou conduzido até outra Cidade, quando foi, então, interceptado pela polícia, tendo havido a posse tranquila, ainda que, no mínimo, por cerca de 30 minutos. Delito que se consumou. Impossibilidade do reconhecimento da tentativa.

4. CRIME DE ROUBO. MAJORANTE. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. A restrição da liberdade da vítima, que perdurou de 30 minutos a 1 hora, configura a majorante prevista no tipo penal do roubo, na medida em que se estendeu por tempo bem maior que o necessário para o roubo do caminhão, que tinha já inclusive se consumado. Majorante mantida.

5. DOSIMETRIA DA PENA. Crime de roubo. Penas-base bem fixadas em 6 anos. Acusados portadores de maus antecedentes e personalidade nitidamente propensa ao ilícito, em face da sequência criminosa numerosa, sem que as medidas de contenção anteriores surtissem o efeito desejado, tanto que tornaram a delinquir. Réu Diego que registra 8 condenações definitivas, todas caracterizadoras da reincidência, por crimes de porte de armas de fogo, posse de drogas, roubo majorado e receptação. Imputado Renato é quadruplamente reincidente, por crime de roubo majorado e uso de documento falso, além de estar respondendo a um processo por crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de roubo, anterior.

Denunciado Gelson, além de duplamente reincidente por crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, registra 4 condenações anteriores, com trânsito em julgado bastante antigo, que, se não podem configurar reincidência, em face da possibilidade de ter já transcorrido o período depurador de 5 anos, devem refletir no apenamento básico. Afora tais registros, possui outra condenação definitiva, por falsa identidade, uso de documento falso e falsificação de documento público, por fato anterior, transitada em julgado posteriormente ao presente, além de estar respondendo a um processo por crime de roubo, praticado anteriormente. Tratando-se de sujeitos multirreincidentes, nada obsta que algumas das condenações sejam valoradas na 1ª fase da dosimetria, ao incremento das basilares, e, as demais, na 2ª etapa, como agravante. Histórico criminal dos agentes que deve ser valorado nos vetores antecedentes e personalidade, afastado o desvalor da conduta social, porque representa o papel do sujeito na sociedade, se trabalha, tem emprego, etc.. Extrema gravidade das circunstâncias do delito, praticado em plena luz do dia – 12h30min – em via pública, a vítima tendo sido feita refém, o caminhão subtraído tendo sido guiado em local de grande movimento, em zigue-zague e, em determinado trecho, na contramão. Vetoriais que autorizam distanciamento mais significativo do patamar mínimo, em que pese a neutralidade das operadores conduta social, motivos, que devem ser tidos como inerentes ao tipo penal em questão (obtenção de lucro fácil), e consequências, sem maior relevo (recuperação da “res”, sem avarias). Pena-base mantida em 6 anos. 2ª Fase. Atenuante. Confissão Espontânea. Adequada a redução da pena do acusado Diego em 4 meses, pela atenuante da confissão espontânea, ponderando-se sua pouca relevância ao deslinde do feito. Não reconhecimento desta atenuante em relação ao acusado Gelson, que se defendeu no sentido de que a vítima estaria conluída com eles, buscando, em verdade, a desclassificação para crime de menor gravidade. Agravante. Reincidência. Aplicação cogente decorrente de imposição legal. Incremento de 6 meses pela reincidência que se revela proporcional e adequado. A respeito da constitucionalidade, o não reconhecimento de esta agravante, prevista expressamente em lei, implica negativa de vigência à própria lei e violação aos princípios constitucionais da isonomia – porque, do contrário, seria conferir tratamento igual aos desiguais – e da individualização da pena – porque, pela regra do art. 61, I do CP, o legislador pretendeu dar tratamento mais rigoroso aos já condenados e que não compreenderam as finalidades da pena. Bis in idem não configurado.

Entendimento atual do E. STF reconhecendo a constitucionalidade recidiva. Penas provisórias estabilizadas em 6 anos e 6 meses para os denunciados Gelson e Renato, e, em 6 anos e 2 meses, para o corréu Diego. Na 3ª etapa, o aumento em 1/2, pelas três majorantes, bem atendeu à qualidade das adjetivadoras (três os roubadores, todos armados e restrição à liberdade da vítima por considerável lapso temporal - entre 30 minutos a 1 hora -). Mantidas as penas em 9 anos e 9 meses de reclusão para os acusados Renato e Gelson, assim definitivadas, e, em 9 anos e 3 meses de reclusão para o acusado Diego. Crime de Receptação. Acusado Gelson. Pena-base bem fixada em 2 anos de reclusão. Na 2ª etapa, acertado o aumento em 5 meses, pela agravante da reincidência, restando mantida em 2 anos e 5 meses de reclusão. Crime de Resistência.

Acusado Gelson. Pena-base corretamente estabelecida em 1 ano e 2 meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de detenção. Na 2ª etapa, adequado o aumento em 5 meses, pela agravante da reincidência. Pena definitiva mantida em 1 ano e 7 meses de detenção. Pelo cúmulo material, ao acusado Gelson definitivada a pena privativa de liberdade de 12 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 1 ano e 7 meses de detenção, no regime inicial semiaberto.

6. PENA DE MULTA. Isenção. Impossibilidade. Inviável a exclusão da pecuniária imposta, por tratar-se de pena cumulativa, prevista expressamente em lei, de aplicação cogente, portanto, sem afrontar o princípio da intranscendência da pena – art. 5º, XLV, da CF. Eventual impossibilidade de pagamento, pelo invocado estado de pobreza, deve ser alegada no juízo da execução, não competindo a análise ao juízo do conhecimento. Inviabilidade da isenção requerida, por ausência de previsão legal. Redução inviável. O critério para arbitramento da pena de multa é o mesmo utilizado para fixação da pena-base, qual seja, o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Hipótese na qual as penas de 50 dias-multa, fixadas aos réus, estão de acordo com a análise das moduladoras do art. 59 do CP, a razão unitária mínima com suas condições financeiras desfavoráveis.

PRELIMINAR REJEITADA.

APELOS IMPROVIDOS." (e-STJ, fs. 46-49).

Neste *writ*, o impetrante alega, em síntese, que "as referidas circunstâncias adotadas de forma global como desfavoráveis (antecedentes criminais, personalidades, condutas sociais e consequências), a autoridade judicante empregou taxativamente idêntico motivo (reiteração delitiva) para justificar o eventual desabono na fixação da pena-base, tendente a majorar (em muito) a reprimenda legal" (e-STJ, fl. 8).

Assevera, ainda, que, no tocante à culpabilidade, circunstâncias, motivação e comportamento da vítima, o Juízo sentenciante teria indevidamente empregado fundamentos inerentes ao próprio tipo penal em questão para justificar a majoração da pena-base do paciente.

Ressalta que, em relação à segunda fase da dosimetria, não teria sido realizada a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Por fim, sustenta ofensa à Súmula 443/STJ, por ter sido aplicada fração maior que 1/3 para majorar a pena em razão da existência de três majorantes, sem motivação idônea.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja redimensionada a reprimenda imposta ao paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 99), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 234-236).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 528.733 - RS (2019/0249404-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO CARLET FERREIRA
ADVOGADO : MARCELO CARLET FERREIRA - RS060406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DIEGO MENEZES RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ANÁLISE CONJUNTA DA DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS COMUNICÁVEIS OU COMUNS AOS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PERSONALIDADE. RÉU COM MAIS DE UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. HISTÓRICO CRIMINAL QUE CONFIGURA APENAS MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. PERSONALIDADE DO AGENTE AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. PRESENÇA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.
3. O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a utilização de fundamentação comum aos corréus na dosimetria da pena, sem que se possa falar em ofensa ao princípio da individualização da pena ou ao art. 93, IX, da Constituição Federal, desde que as circunstâncias lhes sejam comunicáveis ou comuns, como na hipótese.
4. As condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes. Precedentes da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.
5. Ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

6. Evidenciado que o paciente ostenta mais de uma condenação transitada em julgado, aptas a justificar a majoração da reprimenda na primeira e na segunda fases da dosimetria, não há que se falar em *bis in idem*.

7. Em relação às circunstâncias do crime, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois os agentes, “após praticarem o delito patrimonial, para fugirem, efetuaram disparos de arma de fogo em plena via pública, tendo inclusive um dos agentes trafegado com o caminhão subtraído na contramão, expondo a perigo toda a coletividade”.

8. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”. Recentemente, em 11/10/17, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.

9. Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

10. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das causas de aumento do concurso de agentes, do uso de arma de fogo e da restrição à liberdade da vítima, aplicaram a fração de 1/2 para majorar a pena, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. Isso porque as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o concurso de três agentes, todos usando armas de fogo, utilizadas para intimidar a vítima, que permaneceu em poder dos agentes por considerável lapso de tempo – entre 30 minutos e 1 hora –, denota a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 pela incidência das três majorantes do crime de roubo.

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que proceda à nova dosimetria da pena imposta ao paciente, obedecendo os limites dispostos na presente decisão, mantidos, no mais, os termos da sentença.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 INDIVIDUALIZAR AS PENAS Todos os réus registram antecedentes criminais , conforme certidões de fls. 309/336, inclusive todos possuem outras condenações transitadas em julgado, em cumprimento de pena. Contudo, tais condenações serão sopesadas na segunda fase do cálculo da pena, quando do reconhecimento da agravante da reincidência.

De qualquer forma, estes tantos crimes praticados pelos acusados revelaram suas personalidades astutas, além de voltadas para a reiteração de delitos, dotadas de acintosa periculosidade.

Também comprovaram suas negativas condutas sociais, pois insistem em tumultuar o meio social, executando seguidos crimes, mesmo quando deveriam se sujeitar ao cumprimento de pena por condenações anteriores.

A reiteração da conduta criminoso dos réus já torna evidente o descaso para com a coletividade. Mas no caso dos autos, há circunstâncias outras importantes. Veja-se que após praticarem o delito patrimonial, para fugirem, efetuaram disparos de arma de fogo em plena via pública, tendo inclusive um dos agentes trafegado com o caminhão subtraído na contramão, expondo a perigo toda a coletividade. Impressiona o descaso para com o próximo.

As circunstâncias são acentuadamente desfavoráveis.

Para a execução dos ilícitos, certamente foram necessárias incontáveis providências pelos réus: como a análise da rotina da vítima, o acerto das tarefas de cada um dos agentes, a arrecadação de armas e a subtração de um veículo para a empreitada criminosa. Por certo, tudo isso demandou tempo e dinheiro, preparo que tornou os crimes mais repulsivos.

Consequências graves, disseminando a criminalidade em comarcas distintas.

Culpabilidade caracterizada. Dolo intenso dos réus na empreitada criminosa em razão das reprováveis e graves circunstâncias e consequências afeitas ao caso.

Nesse contexto, também a motivação de cada tipo penal transcende àquela peculiar do ilícito.

As vítimas em nada contribuíram para a execução dos crimes.

As circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis aos réus. Deste modo, assim calculo as penas.

(...)

2. RÉU DIEGO MENEZES RODRIGUES PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE Delito de roubo. Fixo a pena-base em 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO.

Reconheço a atenuante da confissão espontânea e reduzo a pena em 4 (QUATRO) MESES, ficando em 05 (CINCO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO.

Com relação à atenuante genérica postulada pela defesa, inviável, já que não há nos autos circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, que possa ser considerada em benefício do acusado.

O fato de ter baixo grau de instrução e tabagista não pode ser traduzido como causa atenuante de pena, já que grande parte da população brasileira não possui grau de instrução diferente do seu e outros tantos também são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fumantes como o réu, nem por isso praticam crimes.

Agravante da reincidência . O réu estava em cumprimento de pena por condenação transitada em julgado, certidão de fls. 325/336.

Com base no art. 67 do CP, aumento a pena em 06 (SEIS) MESES, resultando em 06 (SEIS) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO.

Qualificadoras previstas no parágrafo 2º, incisos I, II e V do CP, o delito de roubo restou consideravelmente mais grave. Aumento pela metade a pena provisória - em 3 (TRÊS) ANOS E 1 (UM) MES DE RECLUSÃO.

Totalizou a pena definitiva em 9 (NOVE) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO.

O regime de cumprimento da pena é o FECHADO.

PENA DE MULTA Na quantidade de 50 (cinquenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato. Correção monetária a partir dos ilícitos.

Da mesma forma, inadmissível a isenção da pena de multa, uma vez que decorrente legal da condenação, descabendo deixar de aplicá-la.

Eventuais dificuldades financeiras do acusado para custear o pagamento poderão ser dirimidas junto ao Juízo da Execução." **(e-STJ, fls. 38-42).**

"[...] PENA. DOSIMETRIA.

ROUBO - Pena-base.

As penas-base foram bem fixadas em 6 anos.

Acusados portadores de maus antecedentes e personalidade nitidamente propensa ao ilícito, em face da sequência criminoso numerosa, sem que as medidas de contenção anteriores surtisses o efeito desejado, tanto que tornaram a delinquir.

Certidão de antecedentes acostada aos autos em relação aos 3 denunciados que contém o seguinte:

Diego é octuplamente reincidente, por crimes de porte de armas de fogo, posse de drogas, roubo majorado e receptação.

(...)

Tratando-se de sujeitos multirreincidentes, nada obsta que algumas das condenações sejam valoradas na 1ª fase da dosimetria, ao incremento das basilares, e, as demais, na 2ª etapa, como agravante.

Histórico criminal dos agentes que deve ser valorado nos vetores antecedentes e personalidade, afastado o desvalor da conduta social, porque representa o papel do sujeito na sociedade, se trabalha, tem emprego, etc..

As circunstâncias do delito, por outro lado, mostraram-se extremamente graves. O crime foi praticado em plena luz do dia – 12h30min – em via pública, a vítima tendo sido feita refém, o caminhão subtraído tendo sido guiado em local de grande movimento, em zigue-zague e, em determinado trecho, na contramão, gerando sério risco à coletividade, o que ultrapassa, em muito, a previsão típica.

As 3 vetoriais antes referidas autorizam distanciamento bem significativo do patamar mínimo, ainda que afastado o tom negativo atribuído em 1º Grau às operadoras conduta social, motivos (porque inerentes ao tipo - obtenção de lucro fácil), e consequências (sem maior relevo - recuperação da “res”, sem avarias), autorizando a fixação da pena-base em 6 anos, o que se mantém.

- Pena provisória - Confissão espontânea.

Adequada a redução da pena do acusado Diego em 4 meses, pela atenuante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da confissão espontânea, ponderando-se sua pouca relevância ao deslinde do feito.

Descabida, de outra parte, a pretensão defensiva de reconhecimento da atenuante também em relação ao acusado Gelson.

Ao que se observa, tendo sido preso em flagrante, momentos depois do roubo, mantendo a vítima refém, não tendo, assim, como negar a autoria, aduziu que aquela estava conluiada com eles, pretendendo, deste modo, afastar a conclusão pelo emprego de violência e/ou grave ameaça e atrair uma possível desclassificação para crime de menor gravidade.

Não se beneficia, então, do beneplácito em questão, que se destina àquele que, mesmo em face do próprio prejuízo, admite a prática delitiva, facilitando o deslinde do feito.

- Reincidência.

Na sequência, a decisora monocrática aumentou as penas em 6 meses pela agravante da reincidência, quantitativo que se mostra adequado, considerando que a maioria das condenações que a caracterizam foram valoradas já na 1ª fase, no vetor antecedentes, sendo que, em relação aos acusados Renato e Diego poderia a exasperação ter sido, inclusive, em quantitativo maior, porque reincidentes específicos.

Em relação à constitucionalidade da agravante, como reiteradamente venho decidindo, trata-se a reincidência de circunstância cuja aplicação é cogente, porque decorre de disposição expressa de lei – art. 61, I do CP.

Negar-se o seu reconhecimento, resultaria em negar vigência à própria lei e a seu espírito, já que, pela regra do art. 61, I do CP, cuja exegese não pode ser outra que não a literal, dada a clareza do dispositivo, o legislador pretendeu conferir tratamento mais rigoroso àqueles que já foram condenados e não tiveram a compreensão das finalidades da pena.

Com a exclusão da agravante, fere-se, inclusive, o tão decantado princípio constitucional da isonomia, porque conferido tratamento idêntico a situações diversas, igualando os desiguais, encaminhando apenamento semelhante a indivíduos, cuja medida da culpabilidade não se identifica, violando também o princípio da individualização da pena.

Assim entendendo, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 04.04.2013, expressamente reconheceu a constitucionalidade da reincidência (RE-453000), cujo julgamento restou assim ementado:

(...)

De modo que, havendo manifestação do Pleno do E. STF acerca da constitucionalidade da reincidência, inviável o afastamento da agravante.

As penas provisórias ficam mantidas, então, em 6 anos e 2 meses para o acusado Diego, e em 6 anos e 6 meses para os coacusados Renato e Gelson.

Pena definitiva.

Na última etapa, pelas três majorantes, a sentenciante exasperou as penas em ½, o que se mostra adequado não só pelo número de adjetivadoras em questão – 3 -, mas, também e essencialmente, pela qualidade delas, lembrando que foram três os agentes que praticaram o roubo, todos armados e com armas de fogo, cujo potencial lesivo é muito maior se comparados a outras “armas” que também majoram o delito, o que incrementa, em muito, o poder de intimidação, a vítima tendo esta ficado em poder de seus algozes, por considerável lapso temporal - entre 30 minutos e 1 hora, não mais porque interceptados pela polícia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não há motivos, assim, para alteração do índice respectivo.

Mantidas, então, as penas de 9 anos e 3 meses de reclusão para o acusado Diego, assim definitivada, e 9 anos e 9 meses de reclusão, para os denunciados Gelson e Renato, assim definitivada para este último." (**e-STJ, fls. 85-89**).

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

Inicialmente, cumpre ressaltar que este Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a utilização de fundamentação comum aos corréus na dosimetria da pena, sem que se possa falar em ofensa ao princípio da individualização da pena ou ao art. 93, IX, da Constituição Federal, desde que as circunstâncias lhes sejam comunicáveis ou comuns, como na hipótese.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

“PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE PREPARADO. CRIME IMPOSSÍVEL E PROVA ILÍCITA. TESES NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CORRÉUS NAS MESMAS CONDIÇÕES FÁTICAS E SUBJETIVAS. APREENSÃO DE APROXIMADAMENTE 9 KG DE COCAÍNA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA VALORADA EM MAIS DE UMA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE QUE INTEGRASSE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REDUTORA NA FRAÇÃO DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DO AGENTE SEMELHANTE A DE 'MULA' DO TRÁFICO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- 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.

- A defesa sustenta que o processo criminal baseou-se em flagrante preparado, sendo caso de crime impossível. Subsidiariamente, alega que toda a prova decorrente deste flagrante provocado seria ilegal.

- Verifica-se, de plano, que a Corte estadual não se pronunciou acerca de nenhuma das duas teses (fls. 25/30, 31/46 e 715/721), de maneira que não poderia este Superior Tribunal de Justiça conhecer, originariamente, das questões, sob pena de supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- É firme o entendimento desta Corte no sentido de que é possível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, desde que os acusados se encontrem na mesma situação fática e subjetiva, sendo desnecessária a repetição de fundamentos idênticos para fins de elevação da pena-base (HC 330.554/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 2/12/2015).

- Esta Corte Superior, na esteira do que firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel.Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, simultaneamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

- Embora esta Corte Superior tenha jurisprudência firme no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida servem para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, vem, outrossim, decidindo que a referida vetorial, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, dissociada de outros elementos de prova porventura existentes nos autos, ela não basta para atestar a dedicação do apenado à atividade criminosa ou o fato de que ele integraria organização criminosa.

- No mesmo sentido, são os precedentes do col. Pretório Excelso, que firmam a possibilidade, em tese, de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de 'mula do tráfico'.

- Em verdade, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a atuação no transporte de entorpecente, ainda que em grande quantidade, não patenteia, de modo automático, a adesão estável e permanente do apenado à estrutura de organização criminosa ou a sua dedicação à atividade delitiva. Precedentes.

- Assim, no caso, impõe-se a concessão da ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar a redutora do tráfico privilegiado, na fração de 1/6.

- Esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie do entorpecente apreendido podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.

- No caso dos autos, a elevada quantidade de droga apreendida - quase 9kg de cocaína - autoriza uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 466.202/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/3/2019, DJe 25/3/2019, grifou-se);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em 1ª instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

6. Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o *modus operandi* empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 8. Refeita a dosimetria.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo de primeiro grau." (HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se);

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal de origem, ao reapreciar a dosimetria da pena imposta ao paciente, afastou a conduta social, os motivos e as consequências do delito, e manteve a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes, personalidade do agente e circunstâncias do crime.

No tocante à consideração como desfavorável da personalidade do paciente, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça vinha admitindo 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*.

Todavia, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes.

Nesse sentido, trago à baila os seguintes julgados:

"REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. VALIDADE.

(...)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Condenações criminais transitadas em julgado não podem ser utilizadas para negativar mais de uma circunstância do artigo 59 do Código Penal, na espécie os antecedentes e a personalidade do agente, majorando-se com mais intensidade a pena-base.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício para afastar o desvalor da personalidade, redimensionando a pena privativa de liberdade." (AgRg no REsp 1581047/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1/6/2017, DJe 7/6/2017, grifou-se);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. UTILIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIA QUÍMICA/ENTORPECENTE PARA DIMINUIR A RESISTÊNCIA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. SUPOSTA NULIDADE. REITERAÇÃO DE PEDIDO (HC 308.825/SP). DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. *BIS IN IDEM*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

IV - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

V - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de *bis in idem*. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 388.034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 9/6/2017, grifou-se);

Conclui-se, portanto, que, ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

Quanto aos maus antecedentes, o paciente ostenta mais de uma condenação transitada em julgado, aptas a justificar a majoração da reprimenda na primeira e na segunda fases da dosimetria, sem que se possa falar em *bis in idem*.

Em relação às circunstâncias do crime, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois os agentes, "após praticarem o delito patrimonial, para fugirem, efetuaram disparos de arma de fogo em plena via pública, tendo inclusive um dos agentes trafegado com o caminhão subtraído na contramão, expondo a perigo toda a coletividade" (e-STJ, fl. 39).

No tocante ao pedido de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, cumpre ressaltar que no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/13, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". Recentemente, em 11/10/17, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em testilha, o acórdão impugnado noticia a existência de oito títulos condenatórios transitados em julgado quando da prática delitiva, sendo que, apesar de alguns deles terem sido utilizados na primeira fase do procedimento dosimétrico, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, pelo menos duas condenações transitadas em julgado foram sopesadas na segunda fase da dosimetria, o que denota a multirreincidência, impossibilitando a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência específica.

Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

A fim de corroborar o referido entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES CONSUMADO E FURTO SIMPLES TENTADO. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES. MESMO FUNDAMENTO PARA EMBASAR AS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.

3. No caso, o mesmo fundamento - condenações anteriores - foi utilizado para valorar negativamente os maus antecedentes e a conduta social, o que configura constrangimento ilegal. Dessa forma, necessário afastar a valoração negativa referente à conduta social.

4. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "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 artigo 67 do Código Penal" REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013).

5. Na espécie, trata-se de réu multirreincidente, razão pela qual admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 404.110/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017, grifou-se);

"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).

Nesse contexto, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser procedida à compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, como realizado pelas instâncias ordinárias.

Por fim, no que concerne à terceira fase da dosimetria, vê-se que o Tribunal de origem, ao manter a incidência das majorantes do concurso de agentes, do uso de arma de fogo e da restrição à liberdade da vítima, aplicou a fração de 1/2 para majorar a pena, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ.

Isso porque as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o concurso de três agentes, todos usando armas de fogo, utilizadas para intimidar a vítima, que permaneceu em poder dos agentes por considerável lapso de tempo – entre 30 minutos e 1 hora –, denota a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 pela incidência das três majorantes do crime de roubo.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 5/12 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.

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

- **Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, 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.**

- **É de ser mantida a fração de aumento de 5/12, ante as majorantes do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, pois o acórdão recorrido conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, ofertando motivação concreta, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, agravadas pelo fato de a vítima ter ficado por mais de 2 horas em poder dos bandidos, enquanto havia troca de tiros com policiais, o que demonstra a maior reprovabilidade da conduta, a ensejar um maior rigor penal. Precedentes.**

- *Habeas corpus* não conhecido." (HC 391.184/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017, grifou-se).

Nesse passo, resta evidenciada flagrante ilegalidade em relação à primeira fase da dosimetria, da qual deve ser decotada a personalidade do agente como circunstância judicial desfavorável, permanecendo apenas os maus antecedentes e as circunstâncias do crime.

Importa destacar, por derradeiro, que tendo a condenação transitado em julgado em 8/6/15 (e-STJ, fl. 103), cabe ao Juízo da Execução proceder à readequação da pena imposta ao paciente, obedecendo os limites dispostos na presente decisão.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que proceda à nova dosimetria da pena imposta ao paciente, obedecendo os limites dispostos na presente decisão, mantidos, no mais, os termos da sentença.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0249404-0

HC 528.733 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01521300014856 02321115820148217000 1004042013163 1521300014856
2321115820148217000 70060395480

EM MESA

JULGADO: 01/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCELO CARLET FERREIRA
ADVOGADO	: MARCELO CARLET FERREIRA - RS060406
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: DIEGO MENEZES RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU	: RENATO DOS SANTOS
CORRÉU	: GELSON LUIS LEMOS
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.