



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.501 - SP (2017/0066253-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER SOUSA DO NASCIMENTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. QUANTUM DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. FRAÇÃO DA AGRAVANTE. DUPLA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM 1/5. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

3. Hipótese em que a pena-base foi fixada na metade do mínimo legal, considerando, validamente, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 38,6g de cocaína, 319,3g de maconha e 29,6g de *crack* -, bem como os maus antecedentes do paciente por condenação anterior alcançada pelo período depurador. Contudo, pela valoração desfavorável das referidas circunstâncias judiciais, *in casu*, tem-se como proporcional o estabelecimento da pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão. Necessidade de readequação da pena básica.

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. A utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da aferição dos maus antecedentes e, ainda, para agravar a pena, pela reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

distintas da aferida na segunda, como no caso em apreço. Precedentes.

6. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 exige fundamentação concreta. No caso, a dupla reincidência do paciente constitui motivação válida para a escolha do índice de aumento em 1/5, o que afasta a intervenção excepcional desta Corte.

7. Estabelecida a pena definitiva em patamar superior a 8 anos, o regime inicial fechado é o adequado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, sendo inaplicável a substituição por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento de requisito objetivo (art. 44, I, do CP).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e redimensionar a sanção final para 9 anos e 4 meses de reclusão mais pagamento de 933 dias-multa, mantido o regime fechado.

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), 10 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.501 - SP (2017/0066253-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER SOUSA DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de **WAGNER SOUSA DO NASCIMENTO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.050 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante a Corte de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença.

Neste *writ*, alega a impetrante ser desproporcional e inidôneo o aumento da pena 1/2 acima do mínimo legal com fundamento na quantidade e na natureza da droga, bem como nos maus antecedentes do paciente, destacando que a condenação anterior também foi sopesada na segunda etapa da dosimetria, em contrariedade à Súmula 241 do STJ.

Aduz que o fato de o agente ser multireincidente não é elemento suficiente para justificar o incremento da pena na fração de 1/5 pelo reconhecimento da agravante respectiva.

Requer, assim, a redução da pena-base, bem como a fixação do índice de 1/6 pela reincidência.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 43-44).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 78-89 e 92-147).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. (51-54).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.501 - SP (2017/0066253-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER SOUSA DO NASCIMENTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. *QUANTUM* DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. FRAÇÃO DA AGRAVANTE. DUPLA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM 1/5. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

3. Hipótese em que a pena-base foi fixada na metade do mínimo legal, considerando, validamente, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 38,6g de cocaína, 319,3g de maconha e 29,6g de *crack* -, bem como os maus antecedentes do paciente por condenação anterior alcançada pelo período depurador. Contudo, pela valoração desfavorável das referidas circunstâncias judiciais, *in casu*, tem-se como proporcional o estabelecimento da pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão. Necessidade de readequação da pena básica.

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. A utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da aferição dos maus antecedentes e, ainda, para agravar a pena, pela reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da aferida na segunda, como no caso em apreço. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 exige fundamentação concreta. No caso, a dupla reincidência do paciente constitui motivação válida para a escolha do índice de aumento em 1/5, o que afasta a intervenção excepcional desta Corte.
7. Estabelecida a pena definitiva em patamar superior a 8 anos, o regime inicial fechado é o adequado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, sendo inaplicável a substituição por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento de requisito objetivo (art. 44, I, do CP).
8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e redimensionar a sanção final para 9 anos e 4 meses de reclusão mais pagamento de 933 dias-multa, mantido o regime fechado.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem ratificou a pena aplicada na sentença condenatória, em decisão assim motivada:

"Da dosimetria das penas A base foi fixada acima do mínimo legal, na fração de 1/2 pelo fato de o réu ostentar antecedentes criminais²³ e pela natureza e quantidade das drogas apreendidas em poder do réu.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade.

No caso, uma das drogas apreendidas foi cocaína na forma de crack, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

[...]

Desta forma mantenho o aumento de 1/2 aplicado na r. sentença. Assim a pena ficou estabelecida em 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa.

Na segunda fase reconhecida a agravante da reincidência a pena foi aumentada na fração de 1/5, o que mantenho dada a multirreincidência do réu. Logo a pena se perfaz em 9 anos de reclusão e 900 dias-multa.

Presente a causa de aumento, prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, pois a prática delitiva envolveu adolescente, a pena foi majorada em 1/6, totalizando a pena de 10 anos e 6 meses de reclusão e 1050 dias-multa.

Inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Isto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque além de ter sido encontrada expressiva quantidade de entorpecentes com o réu, o acusado era reincidente. Assim não era o caso de concessão do redutor porque não preenchido requisito necessário ao reconhecimento da minorante.

Logo as penas ficam fixadas em 10 anos e 6 meses de reclusão e 1050 dias-multa". (e-STJ, fls. 36-39).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, segundo se verifica, a instância antecedente considerou, para majorar a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão, além da quantidade e da natureza das drogas apreendidas - 99 porções de cocaína (38,6g), 99 de maconha (319,3g) e 138 de *crack* (29,6g) -, os maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenação anterior (Processo n. 1.152/2008), com extinção da punibilidade em 12/7/2010.

Em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

A propósito:

"[...]

DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NA SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A existência de condenação anterior transitada em julgado autoriza a valoração negativa dos antecedentes do agente, ainda que ultrapassado o período de 5 (cinco) anos previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal.

2. Encontrando-se o aresto combatido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão defensiva esbarra no óbice previsto na Súmula nº 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1.068.053/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 23/8/2017);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO COM MAIS DE 5 ANOS DE TRÂNSITO EM JULGADO. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF.

2. Não há qualquer ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes do paciente com base em processo cuja condenação definitiva por prazo superior a cinco anos. A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.

[...]

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017).

Do mesmo modo, no que se refere à idoneidade da reprovação das circunstâncias do delito nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, já se manifestou essa Corte Superior:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

4. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 972.363/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017).

Contudo, embora tenha sido apresentado fundamentos válidos para o agravamento da pena básica, mostra-se desproporcional o aumento na metade do mínimo legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela valoração negativa da quantidade e da natureza do entorpecente e dos maus antecedentes do réu, sendo, de rigor, a readequação da dosimetria.

Dessa forma, levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), o deslocamento da pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão é suficiente e adequado à reprovação da conduta delitiva.

Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no aumento.

Vejamos:

"[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade dos estupefacientes apreendidos, encontra-se devidamente justificada, contudo, em *quantum* desproporcional, impondo-se o redimensionamento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício tão-somente para redimensionar a pena-base imposta."

(AgRg no AREsp 936.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 30/8/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL.

ALTERAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE.

SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT 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 dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e, no caso do delito de roubo, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico, verificando os limites mínimo e máximo, de 4 a 10 anos de reclusão. Na hipótese, verifica-se que a majoração da pena-base pelas instâncias ordinárias mostra-se desproporcional, pois foi majorada em 1/2 com base em duas circunstâncias do crime; razoável, portanto, majorá-la em 1/6 para cada circunstância desfavorável, de acordo com o entendimento desta Quinta Turma, restando a pena-base fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para limitar o recrudescimento da pena-base do paciente ao patamar de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, bem como reconhecer a atenuante da confissão, compensando-a parcialmente com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente, que se torna definitiva em 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, além do pagamento de 17 dias-multa." (HC 296.562/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 4/9/2017).

Cabe destacar, ainda, que, ao contrário do sustentado pela defesa, não se verifica a alegada ofensa à Súmula 241 do STJ.

Segundo se observa do acórdão impugnado e da folha de antecedentes, fornecida pelo Tribunal de origem (e-STJ, 78-89), o paciente detém diversas condenações transitadas em julgado, sendo uma utilizada na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base, e outras duas, por crimes patrimoniais (Processo n. 63717/2012 e 70808/2008), na segunda etapa da dosimetria para configurar a dupla reincidência.

Vale lembrar que esta Corte, em diversos julgados, já manifestou que a utilização de condenações anteriores definitivas como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como no caso em apreço.

Confira-se:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO DE TÍTULOS CONDENATÓRIOS DISTINTOS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 545. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. SENTENÇA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.736/2012. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. 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. Precedentes.

4. O acórdão hostilizado reconheceu a existência de várias sentenças condenatórias transitadas em julgado não configuradoras da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, o que justificou o aumento da pena-base a título de maus antecedentes, e de um título condenatório diverso, cuja pena foi extinta dentro do prazo de cinco anos, a permitir a incidência de agravante da reincidência, sem que se possa falar em *bis in idem* ou em contrariedade ao entendimento consolidado na Súmula/STJ 241.

[...]

(HC 389.639/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 4/5/2017);

"[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATAM DE PROCESSOS DISTINTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é remansosa no sentido de que não há óbice em se considerar, na primeira fase da dosimetria, anotações diversas daquelas sopesadas como reincidência, razão pela qual é descabida a alegação de ocorrência de *bis in idem*, ou mesmo de ofensa ao enunciado sumular 241 deste Sodalício, uma vez que os fatos utilizados para a exasperação de pena-base não são os mesmos que autorizaram a majoração na etapa seguinte.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 406.408/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/9/2017, DJe 27/9/2017).

Em relação ao aumento operado na segunda etapa da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.

Na hipótese, destacada a dupla reincidência do paciente para a escolha da fração em 1/5, não se verifica manifesta ilegalidade no cálculo da pena, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.

A seguir os seguintes julgados desta Corte, no mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. RÉU DUPLAMENTE REINCIDENTE. FUNDAMENTO CONCRETO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE CONCURSO FORMAL PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DELITO PRATICADO EM FACE DE VÍTIMAS DIFERENTES. *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 concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A existência de mais de uma condenação definitiva constitui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento válido a justificar a fixação de fração superior à mínima, de 1/6, na segunda fase da dosimetria, como reincidência. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, fica configurada a hipótese de concurso formal de crimes de roubos, quando cometidos mediante uma só ação, contra vítimas diferentes. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 356.284/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 21/11/2016);

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6. IDONEIDADE. CONSTATADA A MULTIRREINCIDÊNCIA DO AGRAVANTE.

1. A dosimetria da pena do agravante foi exasperada, na primeira fase, em 1/6, pela verificação dos maus antecedentes, e na segunda fase, em 3/8, pois constatada a multirreincidência. O acórdão não comporta reparos, notadamente por estar em consonância com a jurisprudência desta Corte, que admite, em casos de multirreincidência ou de reincidência específica, a exasperação da pena em patamar superior a 1/6.

2. 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) (HC n. 258.693/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/3/2016 - grifo nosso).

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. *In casu*, nos termos do consignado no acórdão ora hostilizado, a multirreincidência do paciente justifica incremento um pouco superior a 1/6 (HC n. 390.920/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/6/2017 - grifo nosso).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1660563/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017).

Passo, assim, à readequação da pena.

A pena-base fica estabelecida em 6 anos e 8 meses de reclusão, pela aferição negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes e dos maus antecedentes do paciente. Na segunda etapa, elevo-a na fração de 1/5, em razão da dupla reincidência, resultando em 8 anos e 800 dias-multa. Na fase derradeira, reconhecida a causa de aumento do art. 40, VI, aumenta-se a sanção em 1/6, resultando a reprimenda final em 9 anos e 4 meses de reclusão mais pagamento de 933 dias-multa.

Estabelecida a pena em patamar superior a 8 anos, o regime inicial fechado é o adequado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo inaplicável a substituição por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento de requisito objetivo, conforme art. 44, I, do CP.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena-base e redimensionar a sanção final para 9 anos e 4 meses de reclusão mais pagamento de 933 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0066253-9

HC 393.501 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066265120152015826 000662651201520158260050 00066265120158260635
20160000869462 66265120152015826 66265120158260635

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WAGNER SOUSA DO NASCIMENTO

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

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.