



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.265 - SP (2017/0158502-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP0295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABEDENEGO PESSOA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. LEGALIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo expressa determinação legal, a condenação anterior não prevalece para efeito da reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, mas para efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá. **(Precedentes)**.

III - No que pertine a manutenção da pena-base acima do mínimo legal, o v. acórdão impugnado o fez de modo proporcional e razoável, com base em fundamentação motivada e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não havendo como proceder a qualquer reparo em sede de **habeas corpus**, já que não se vislumbra a presença de flagrante constrangimento ilegal.

IV - Quanto ao aumento na segunda fase da dosimetria, cumpre destacar que, desacompanhado de qualquer outra fundamentação, o aumento da pena pela reincidência em patamar superior a 1/3 (um terço) mostra-se desarrazoado, devendo ser reduzido para **1/6 (um sexto)**. **(Precedentes)**.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem de ofício** redimensionar a pena do paciente para **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão, mais pagamento de **24 (vinte e quatro) dias-multa**, mantido os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.265 - SP (2017/0158502-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP0295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABEDENEGRO PESSOA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de ABEDENEGRO PESSOA, contra v. acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 3012126-20.2013.8.26.0602

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso nas sanções do art. 171, **caput**, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa (fls. 64-69).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a reprimenda para 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 30 (trinta) dias-multa, mantido os demais termos da condenação. **In verbis:**

"APELAÇÃO: ESTELIONATO:

Absolvição - Insuficiência probatória - Impossibilidade: Comprovação segura nos elementos coligidos aos autos. Redução da pena: Cabimento. Atenuação do regime prisional - Inviabilidade. Recurso parcialmente provido" (fl. 74).

Daí o presente **writ**, em que a impetrante alega, em síntese, que é flagrante o constrangimento ilegal, consubstanciado na desproporcionalidade dos aumentos empregados na primeira e na segunda etapas da dosimetria.

Para tanto, sustenta que *"O paciente teve sua pena base exasperada no dobro, porque (i) a vítima teria sido ludibriada em duas oportunidades, (ii) o réu seria portador de maus antecedentes e (iii) se dedicaria a atividade criminosa" (fl. 2).*

Aduz, ainda, que *"os argumentos invocados para dobrar a pena base não são aptos a essa finalidade. O primeiro motivo invocado, a saber, que a vítima foi*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ludibriada duas vezes pelo réu, não pode ser válida sob pena de incorrer-se em bis in idem. Com efeito, por serem duas condutas, o réu respondeu por ambas em processos autônomos, não sendo razoável que sejam consideradas como causas para exasperação em cada processo. O correto, aliás, teria sido o processamento de ambas as condutas nos mesmos autos, a fim de que se reconhecesse o crime continuado, que redundaria no aumento de 1/6 em terceira etapa, fração muito inferior ao 'dobro' empregado nos presentes autos. Todavia, pela opção de processar-se as condutas em autos autônomos, o réu já foi prejudicado e precisa aguardar eventual unificação das penas na execução" (fl. 3).

Menciona, ademais, que "Há apenas três condenações na vida do paciente, representadas pelas certidões de fls. 180, 187 e 191. A de fls. 187 caracteriza reincidência e não pode ser valorada em primeira etapa. A de fls. 180 e 191, além de extremamente antigas, são de crimes diferentes. Ora, fosse o réu criminoso habitual, verdadeiro estelionatário, seus apontamentos seriam todos referentes ao mesmo delito. Não é o caso. O primeiro é referente ao crime de falsa identidade, enquanto o segundo se deu por furto. Logo, não há como se concluir a dedicação à atividades criminosas" (fl. 4).

Argumenta que "as certidões apontadas como maus antecedentes (fls. 180 e 191), são inidôneas para essa finalidade". (fl. 4).

Afirma, também, que "O período depurador dos maus antecedentes é objeto de diversos recursos, sendo de conhecimento geral que será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral em 2009, ao analisar previamente o RE 593.818" (fl. 4).

Por fim, sustenta que " Os tribunais superiores são firmes no sentido de que a reincidência deve ser agravada com a fração de 1/6, salvo no caso de fundamentação concreta" (fl. 5).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja afastada a avaliação negativa dos maus antecedentes, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal e, na segunda fase, o estabelecimento da fração de 1/6 (um sexto) para fins de reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 94-95.

O Ministério Público Federal, às fls. 145-151, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, ou, caso conhecido, pela sua denegação. Eis a ementa do parecer:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVISÃO NA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUMENTO DA REPRIMENDA DIANTE DA PRESENÇA DE 3 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS BEM COMO EM DECORRÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. AUMENTO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM OU, NO MÉRITO, PELA SUA DENEGAÇÃO" (fl. 145).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.265 - SP (2017/0158502-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP0295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABEDENEGO PESSOA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. ESTELIONATO. DOSIMETRIA.
PRIMEIRA FASE. ANTECEDENTES.
TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR.
CONSIDERAÇÃO COMO MAUS
ANTECEDENTES. LEGALIDADE. PENA-BASE
NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO.
DISCRICIONARIEDADE VINCULADA.
SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA.
MAJORAÇÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO)
SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO
ILEGAL CONFIGURADO.
REDIMENSIONAMENTO DA PENA. **HABEAS
CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo expressa determinação legal, a condenação anterior não prevalece para efeito da reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, mas para efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá. **(Precedentes)**.

III - No que pertine a manutenção da pena-base acima do mínimo legal, o v. acórdão impugnado o fez de modo proporcional e razoável, com base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação motivada e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não havendo como proceder a qualquer reparo em sede de **habeas corpus**, já que não se vislumbra a presença de flagrante constrangimento ilegal.

IV - Quanto ao aumento na segunda fase da dosimetria, cumpre destacar que, desacompanhado de qualquer outra fundamentação, o aumento da pena pela reincidência em patamar superior a 1/3 (um terço) mostra-se desarrazoado, devendo ser reduzido para **1/6 (um sexto). (Precedentes).**

Habeas corpus não conhecido. **Ordem de ofício** redimensionar a pena do paciente para **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão, mais pagamento de **24 (vinte e quatro) dias**-multa, mantido os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Pretende o paciente, em síntese, a redução da pena-base para o mínimo legal e o estabelecimento da fração de 1/6 (um sexto) para fins de reincidência.

Cumpre asseverar, oportunamente, que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **questão**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória quanto à dosimetria da pena:

"Passo a dosimetria da pena.

Na primeira fase, atentando-se para as diretrizes contidas no artigo 59 do Código Penal, em especial os maus antecedentes, como explicado acima, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

*Na segunda fase, deixo de aumentar a pena por força da **reincidência uma vez que fixada no máximo legal**, tornando-a definitiva nesse patamar, ausentes causas outras que autorizem sua modificação.*

Outrossim, adotado o mesmo critério supra, fixo a correspondente sanção pecuniária em 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, com atualização monetária.

O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e nem tampouco a suspensão condicional da pena, em razão da quantidade de pena aplicada e da reincidência.

*Isto posto e pelo o mais que dos autos consta. JULGO PROCEDENTE a ação penal e o faço para CONDENAR o réu ABEDENEGO PESSOA, qualificado nos autos, a pena privativa de liberdade de **05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, atualizado monetariamente, como incurso no artigo 171, caput, do Código Penal**" (fls. 67-68, grifei).*

O eg. Tribunal de origem proveu parcialmente o recurso, para reduzir a pena, com base nos seguintes fundamentos:

*"Entretanto, a dosimetria da pena recomenda ajuste para redução da pena, pois desproporcional a fixação da pena máxima, mesmo em atenção aos maus antecedentes, fraude contra a vítima em mais de uma oportunidade, dedicação a atividade criminosa e reincidência - circunstâncias todas muito bem detalhadas na dosimetria da pena pelo juízo a quo, mas que dosadas com razoabilidade justificam a retroação do quantum para **03 (três) anos de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa**, ora tornada definitiva (**pena-base 02 anos + aumento de 1/2 pela reincidência**).*

Anote-se, ainda, que diversamente do sustentado nas razões recursais inexistente bis in idem na hipótese dos autos, porquanto a elevação da pena com base nos maus antecedentes e reincidência é realizada em momentos distintos: 1ª e 2ª fase, respectivamente, não se tratando, ademais, de um único evento criminoso que legitimou os aumentos, mas sim de condenações definitivas temporariamente distinta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme folha de antecedentes emitida pela VEC (fls. 142/160)" (fls. 76-77, grifei).

Quanto ao afastamento dos maus antecedentes, razão não assiste à impetrante.

Segundo expressa determinação legal, a condenação anterior não prevalece para efeito da reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, mas para os efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá. (nessa linha: **Álvaro Mayrink da Costa em "Direito Penal"** - Parte Geral, Vol. 1, Tomo II, 3ª edição, Ed. Forense, 1991, pág. 507; **Damásio E. de Jesus em "Código Penal Anotado"**, 13ª edição, Ed. Saraiva, 2002, pág. 235; **Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt em "Código Penal Anotado e Legislação Complementar"**, 2ª edição, Ed. RT, 1999, pág. 247).

Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (3) CONFISSÃO PARCIAL NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (4) REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. AUMENTO EXACERBADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (5) MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. (6) AUMENTO DE PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (7) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. É de ver, com relação ao pedido de afastamento dos maus antecedentes, especificamente ao período depurador do artigo 64 do Código Penal, que essa matéria não foi debatida pelo Tribunal de origem, portanto, a análise neste Sodalício ensejaria indevida supressão de instância, o que não é possível, como cediço. Ainda que assim não fosse, à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta para 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto (ex vi do artigo 33, § 2.º, alínea "c"), além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa. Mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 215.226/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/10/2013, grifei).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR E DEFINITIVA. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. ***O decurso do prazo depurador de 5 (cinco) anos do cumprimento da pena ou extinção da punibilidade afasta a reincidência, mas permite a utilização das condenações penais definitivas e anteriores como maus antecedentes no processo de dosimetria da pena.*** Dessa forma, verifica-se o acerto das instâncias ordinárias ao afastar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista ser o paciente portador de maus antecedentes, conclusão que vai ao encontro da jurisprudência desta Corte.

3. Não há que se falar, também, em violação do princípio do *ne bis in idem* na consideração dos maus antecedentes em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois se trata de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos, conforme entendimento pacífico deste Tribunal Superior.

4. O pedido de aplicação de regime prisional menos rigoroso, para o início de cumprimento da pena, não foi sequer apreciado pela Corte de origem, sendo, portanto, vedada a sua análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, o quantum de pena aliado à existência de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes - e à quantidade e qualidade da droga apreendida justificam a fixação do regime prisional mais severo, nos moldes estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 251.708/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 8/5/2013, grifei).

No que pertine a manutenção da pena-base acima do mínimo legal, o v. acórdão impugnado o fez de modo proporcional e razoável, com base em fundamentação motivada e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não havendo como proceder qualquer reparo em sede de **habeas corpus**, já que não se vislumbra a presença de flagrante constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, DA LEI Nº 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ASSOCIAÇÃO (ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76) E ART. 8º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.

I - Para efeito de apreciação em sede de writ, a decisão condenatória reprochada está suficientemente fundamentada, uma vez que, não obstante tenha estabelecido a pena-base acima do mínimo legal, o fez motivadamente.

II - A associação estável de duas ou mais pessoas, na forma do artigo 14 da Lei nº 6.368/76, encontra-se em vigor, com cominação da pena prevista no artigo 8º da Lei nº 8.072/90. (Precedentes da 3ª Seção - STJ e do Pretório Excelso). No caso em tela, tal entendimento foi observado.

Writ denegado" (HC n. 43.790/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 26/9/2005, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PATAMAR RAZOÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

Inexiste ilegalidade, a ensejar a concessão do writ, no acórdão confirmatório de sentença que, fundamentadamente, tendo em vista as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, serem desfavoráveis, fixa, em patamar razoável, acima do mínimo legal, a pena-base para o delito praticado.

Habeas Corpus denegado" (HC n. 37.073/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Paulo Medina**, DJU de 10/10/2005).

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. TESTEMUNHAS RESIDENTES EM COMARCA DIVERSA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPARECIMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FIXAÇÃO DA PENA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. Residindo as testemunhas em comarca diversa daquela em que tramita a ação penal por homicídio, sua presença na sessão de julgamento do Tribunal do Júri é de responsabilidade das partes, no caso a defesa, inexistindo preceito legal que as obrigue a ali comparecer.

2. **Tendo sido fixada a pena-base motivadamente e dentro dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, não há como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus.**

3. Ante o reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, na segunda fase da dosimetria, cabe ao Presidente do Tribunal do Júri apenas fixar o **quantum** de elevação da pena-base, mostrando-se razoável, no caso, a adoção de 1 ano operada pelo magistrado.

4. A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o **iter criminis** percorrido pelos agentes para a consumação do delito, não havendo nulidade na decisão que, motivadamente, aplicou o menor índice.

5. **Habeas corpus denegado**" (HC n. 26.528/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Paulo Gallotti**, DJU de 9/5/2005, grifei).

Quanto ao aumento na segunda fase da dosimetria em razão da agravante da **reincidência**, cumpre destacar que, desacompanhado de qualquer outra fundamentação, o aumento da pena pela reincidência em patamar superior a 1/3 (um terço) mostra-se desarrazoado, devendo ser reduzido para **1/6 (um sexto)**.

Sobre o tema:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTO IDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE. 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. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6 (um sexto), requer fundamento concreto e idôneo. Precedentes.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa" (HC n. 296.834/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 3/10/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE EM 03 (TRÊS) ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/3 (UM TERÇO). EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. DESPROPORCIONALIDADE. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. VALORAÇÃO NEGATIVA INERENTE À PRÓPRIA CAUSA DE AUMENTO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

6. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se torna despropositada, levando em conta o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes), que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao delito.

7. Não obstante a maior reprovabilidade da conduta do agente, carece o decreto condenatório de motivação concreta para a fixação da pena-base em mais do que o dobro do mínimo legal, sobretudo porque a exasperação da reprimenda deverá, sempre, respeitar o princípio da proporcionalidade.

8. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

9. As instâncias ordinárias fixaram o patamar de 1/3 (um terço), tão-só em razão da condição de reincidente específico do Paciente. Contudo, quando se verifica que ostentava ele apenas uma condenação anterior, capaz de ser contabilizada para fins de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, evidencia-se a desproporcionalidade do incremento da pena, impondo-se a sua redução para 1/6 (um sexto).

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do quantum a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.

[...]" (HC n. 275.072/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 3/2/2014, grifei).

Ressalto, por oportuno, que o paciente é reincidente e, além disso, possui circunstâncias judiciais desfavoráveis que, aliás, motivou a exasperação da pena-base.

Logo, as referidas circunstâncias (reincidência e maus antecedentes), a **contrario sensu** do que dispõe a **Súmula 269 desta Corte**, justificam a manutenção do regime mais gravoso, qual seja, o **fechado**.

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES E DEFINITIVAS. FOLHA DE ANTECEDENTES. VALOR PROBATÓRIO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. A folha de antecedentes criminais possui fé pública e valor probante para o reconhecimento das informações nela certificadas.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.

3. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia e definitiva distinta daquela(s) considerada(s) na primeira etapa da dosimetria não caracteriza ofensa ao princípio do ne bis in idem.

4. O condenado reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, como no caso concreto. Ademais, o julgador considerou fatores que, associados e complementares à dogmática penal, justificam, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso, ao ressaltar que o crime foi cometido à luz do dia, no momento em que a vítima estava trabalhando, com a exposição ao perigo dos outros transeuntes e por agente que 'apresenta nada menos que três condenações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores por roubo, a demonstrar seu total desprezo para com as normas sociais'.

5. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 272.899/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/10/2014 - grifei).

"PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU DUPLAMENTE REINCIDENTE. REGIME FECHADO MANTIDO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

5. No que se refere ao regime prisional, não se infere qualquer desproporcionalidade da imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, **nada obstante ser a pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, os maus antecedentes do acusado implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua dupla reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula/STJ 269.**

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para reduzir as penas para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, ficando mantida, no mais, o teor da sentença condenatória" (HC n. 362.638/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/8/2016 - grifei).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, concedo a ordem de ofício para estabelecer a fração de **1/6 (um sexto)** na segunda fase da dosimetria, em razão da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente para de **2 (dois) anos e 4 (quatro)** meses de reclusão, mais pagamento de **24 (vinte e quatro)** dias-multa, mantido os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0158502-0

HC 406.265 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0435935 165513 16552013 20160000867948 30121262020138260602 435935

EM MESA

JULGADO: 14/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP0295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABEDENEGO PESSOA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.