



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.952 - RJ (2016/0287102-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALBERTO CARLOS DO NASCIMENTO LESSA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TENTADO. MAUS ANTECEDENTES. RÉU MULTIRREINCIDENTE. REGIME FECHADO CABÍVEL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA/STJ 269. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da básica pelos maus antecedentes dos réu.
3. 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 reincidência, não havendo falar em contrariedade à Súmula/STJ 269.
4. *Writ* não conhecido.

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.952 - RJ (2016/0287102-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALBERTO CARLOS DO NASCIMENTO LESSA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ALBERTO CARLOS DO NASCIMENTO LESSA**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos, 9 (nove) meses e 11 (onze) dias de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 7 (sete) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 83-88).

Da sentença, foi interposta apelação pelo réu, que restou parcialmente provida pela Corte de origem, para, afastando a majorante do emprego de arma, reduzir a pena a 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 7 (sete) dias-multa. Eis a ementa do acórdão:

"APELAÇÃO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO PELA FALTA DE MATERIALIDADE, AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, REDUÇÃO MAIOR DA PENA PELA TENTATIVA, RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO, AFASTANDO A INCIDÊNCIA DO ART. 70 DO C.P. E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO – PREQUESTIONAMENTO.

1. Sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Mesquita, da lavra da magistrada, Dra. Cristiana de Faria Cordeiro, condenando o acusado à pena de 03 (três) anos, 09 (nove) meses e 11 (onze) dias de reclusão e ao pagamento de 07 (sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 157 § 2º, inc. I, c/c o art. 14, inc. II, duas vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, em regime fechado.

2. Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defesa Técnica, em que, preliminarmente, arguiu nulidade, com fulcro no art 564, III, 'b' do CPP, 'pela ausência de perícia direta no material apreendido'. Argumenta que, em se tratando de crime contra o patrimônio, exige-se o referido exame, nos termos do art. 158 c/c 172 do CPP, e a sua falta acarreta evidente prejuízo ao Réu, eis que impede seja ele beneficiado com o 'instituto do privilégio pelo pequeno valor ou da bagatela'. Em seguida, com base nos mesmos argumentos, pede a absolvição do acusado, alegando a falta de materialidade. Subsidiariamente, pleiteia: seja afastada a majorante do emprego de arma de fogo, vez que estava em péssimo estado de conservação; maior redução da pena pela tentativa em função do *iter criminis* percorrido; o reconhecimento de crime único, afastando a incidência do art. 70 do C.P.; o estabelecimento do regime aberto para o início do cumprimento da pena. Por fim, prequestionou a matéria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A nulidade arguida pela defesa confunde-se com o mérito, por se tratar de questão relativa à materialidade delitiva, que restou seguramente comprovada através de outros meios de provas constante nos autos, como se verá adiante. Como se é cediço, a perícia prevista no art. 172 do Código de Processo Penal somente será determinada ou realizada quando necessária à elucidação dos fatos imputados ao réu, sendo certo que a apuração do valor da *res furtivae* não mostra imprescindível para a configuração da materialidade do crime de roubo, que, na presente hipótese, repita-se, foi devidamente comprovada através da prova oral e documental produzida nos autos. Nesse sentido é a Jurisprudência deste Tribunal. Ademais, não se pode olvidar que, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, o magistrado é livre para formar seu convencimento com base em prova idônea produzida no processo, inexistindo qualquer hierarquia entre as provas pericial e oral. De qualquer forma, consta dos autos o Laudo de Avaliação Indireta dos aparelhos telefônicos, o qual se encontra no indexador 000147, o qual não aponta valor ínfimo. Por fim, registre-se que estamos diante de roubo, crime ao qual não se aplica o privilégio pretendido pela Defesa nem o Princípio por ela mencionado.

Portanto, a materialidade delitiva, apoia-se no Auto de Prisão em Flagrante (Indexador 0006), Registro de Ocorrência (Indexador 0033), Auto de Apreensão - Arma de Fogo e Munição (Indexador 0043), Auto de Entrega – Telefone celular (Indexador 0045 e 46), Laudo de Exame em Arma de Fogo e Munições (Indexador 0132) e no Laudo de Avaliação Indireta (Indexador 0147).

Assim, rejeita-se a preliminar arguida.

4. A autoria do delito, não espancada pela defesa, apoia-se nos depoimentos colhidos em sede policial e em Juízo. Consoante se colhe dos depoimentos, a autoria do delito culminou cabalmente comprovada e inclusive confessada, não havendo irresignação a respeito disso.

5. O segundo ponto a ser debatido é a possibilidade de afastar a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, ao argumento de que o artefato bélico era imprestável.

Primeiramente, registre-se que, ao contrário do sustentado pela i. Defesa, a arma apreendida não se mostrava imprestável para produzir disparos, aliás, é isto o que consta expresso do Laudo, conforme o respectivo trecho destacado pela própria Defesa em suas Razões. Eis o que consta do Laudo, relativamente à arma em questão: '(...) Cabe consignar que, o revólver em questão, em mau estado de conservação, apresentava o guarda-mato quebrado e parcial desarticulação entre o gatilho e o cão percutor - o acionamento do gatilho não levava o cão percutor à posição de recuo, apenas o liberava de tal posição. Assim sendo, para a produção de disparo o cão percutor devia ser manualmente colocado na posição de recuo, para só então, ser feito o acionamento do gatilho (disparo em ação simples). (...) Submetida a teste de eficácia, a arma de fogo examinada apresentou capacidade para produzir disparos (tiros) com munição deste Serviço e a ela adequada, nas condições citadas no primeiro quesito: o cão percutor deve ser manualmente colocado na posição de recuo, para só então, ser feito o acionamento do gatilho (disparo em ação simples) (...) (grifos nossos). Deste modo, a arma em questão apresentava, sim, capacidade para disparo, ainda que, para tanto, seria necessário que, manualmente, o cão percutor fosse colocado na posição de recuo, para, somente após, ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acionado o gatilho.

No entanto, os cartuchos que a ela estavam adequados, embora de calibre nominal .22, eram de festim, cuja aptidão para a deflagração também foi constatada. Veja-se, também, o seguinte trecho do mesmo Laudo: '(...) Trata-se de 7 (sete) cartuchos de munição de calibre nominal .22 (ponto vinte e dois) LR, da marca WINCHESTER (E.U.A.), do tipo festim, deflagrados, adequados, quando íntegros, ao revólver examinado e acima caracterizado.(...)' (grifos nossos). Ou seja, fazem barulho mas não possuem projétil, que é a parte da munição que atinge o alvo. E, a respeito: 'Um cartucho de festim é a munição destinada aos combates simulados e às salvas prescritas nos regulamentos militares (tais como a honra fúnebre), e também para adaptação do sistema nervoso do soldado ao estampido do tiro. Ele não possui projétil.' (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Festim>) Quanto à possibilidade de a deflagração da munição de festim representar algum risco àquele que se encontra próximo (*in casu* as vítimas), tal não consta do Laudo em questão, nem foi requerido pelas partes esclarecimento do *expert* a respeito.

Assim, na dúvida, impõe-se concluir em favor do Réu, ou seja, equipar a arma em questão à arma desmuniada. E, a respeito da arma desmuniada, eis recente entendimento desta Câmara, no sentido de não configurar a causa de aumento: 0030888- 47.2014.8.19.0004 – APELACAO - DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA - Julgamento: 27/04/2016.

Assim, penso que a aplicação da majorante relativa ao uso de arma de fogo deve ser afastada, ainda que por fundamento diverso daquele sustentado pela i. Defesa, o que é possível nesta sede em razão do amplo efeito devolutivo do recurso defensivo.

6. Pleito de que seja aplicado redutor maior pela tentativa.

Penso que se mostra proporcional e adequada a redução da pena pela metade, praticada pelo magistrado *a quo*, diante do *iter criminis* percorrido. Veja-se que, segundo se noticia nos depoimentos, o réu já pretendia descer do coletivo e se preparava para tal, mas, no entanto, o motorista do ônibus fez uma manobra arriscada, conduzindo o veículo a uma quase colisão com a viatura policial. Acrescenta-se a isso o fato de que os bens subtraídos foram encontrados pelos policiais na posse do roubador, após ter sido preso e retirado do coletivo. Assim, não há que se acolher o pleito defensivo.

7. Requerimento para afastar a incidência do artigo 70 do Código Penal. A hipótese vertente retrata claramente ataques a patrimônios distintos, perpetrados no mesmo contexto fático, o que, sem sombra de dúvidas, caracteriza o concurso formal, previsto no art. 70, primeira parte, do Código Penal. Nesse sentido é a Jurisprudência do STJ. Assim, não havendo que se falar em delito único, também não se acolhe este pleito defensivo.

8. Redimensionamento da pena. Considerando que está sendo dado parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de afastar a majorante especial relativa ao uso de arma de fogo, passa-se, então, ao redimensionamento da pena. Após, trataremos do Regime de cumprimento, oportunidade em que se apreciará o pleito defensivo a respeito.

Na primeira fase, a Magistrada *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo de Lei, ou seja, em 05 (cinco) anos de Reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, ao argumento de que o Réu possui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maus antecedentes, consubstanciados em condenações outras transitadas em julgado.

Registrou a Magistrada que, no entanto, uma destas condenações anteriores seria utilizada em próximo momento de fixação da pena, ou seja, quando da aplicação da agravante da reincidência.

Observando a FAC do Réu, constante do indexador 000069, constata-se que a mesma apresenta quatro anotações aptas a serem consideradas para a fixação da pena, todas relativas a condenações com trânsito em julgado anterior ao crime em questão.

A primeira anotação, ante o tempo decorrido, somente pode ser observada como mau antecedente. As demais podem ser consideradas maus antecedentes ou como reincidência. A Magistrada optou, como referido, por considerar três anotações como maus antecedentes e uma como reincidência, o que se mostra adequado. Considerando o número de anotações que apontam para maus antecedentes, penso ser adequada a fixação da pena-base com aumento de $\frac{1}{4}$ sobre a pena mínima, como fez a Magistrada.

Assim, correta a fixação da pena privativa de liberdade base em 05 (cinco) anos de Reclusão. No entanto, quanto à pena de multa, a aplicação do referido aumento eleva a pena pecuniária para 12 (doze) dias-multa (e não 13 dias-multa, como fixado na Sentença).

Impõe-se o ajuste necessário, benéfico ao Réu, ainda que a Defesa sobre o mesmo não tenha se manifestado, ante o amplo efeito devolutivo do recurso defensivo.

Na segunda fase, a Magistrada, considerando a reincidência, elevou a pena de $\frac{1}{6}$, estabelecendo a reprimenda de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de Reclusão e pagamento de 11 (onze) dias- multa. Embora tenha havido equívoco quanto à multa, o patamar desta estabelecido pela Magistrada é inferior ao correto e, não tendo havido recurso ministerial, deve ser mantido. Na mesma fase, a Magistrada, em seguida, considerou a atenuante da confissão e reduziu a pena em $\frac{1}{6}$, alcançando a mesma o patamar de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 09 (nove) dias-multa. No que tange à multa, a mesma foi estabelecida aquém do mínimo legal, embora, nesta fase, tal não seja permitido. No entanto, à mingua de recurso ministerial, não se pode fazer o ajuste, que não é benéfico ao Réu. Assim, deve ser a multa mantida nos termos fixados pela Magistrada *a quo*.

Na terceira fase, a Magistrada aplicou a causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo. No entanto, este aumento está sendo afastado neste Voto. Assim, em tal fase, a pena se mantém em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 09 (nove) dias-multa, no valor unitário mínimo. Em seguida, a Magistrada *a quo*, em vez de aplicar a redução pela tentativa para, somente após, aplicar o aumento pelo concurso formal, a mesma fez o contrário, o que merece ser ajustado aqui. Ora, trata-se de dois roubos tentados em concurso formal. Assim, o aumento previsto no art. 70 do CP é aplicado sobre a pena privativa de liberdade já resultante da redução pela tentativa. O mesmo se diga quanto à observância dos termos do art. 72 do CP no que tange à pena de multa. Assim, considerando a tentativa reconhecida na Sentença e a redução de metade aplicada pela Magistrada, aqui não alterada, a pena passa a ser de 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 05 (cinco) dias de Reclusão e pagamento de 04 (quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão do concurso formal, a Magistrada utilizou o aumento de 1/6. Mantida tal fração, a pena privativa de liberdade passa a ser de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de Reclusão. No que tange à pena de multa, impunha fixá-la nos termos do art. 72 do Código Penal, ou seja, em 08 (oito) dias-multa, no valor unitário mínimo. No Entanto, na Sentença, a pena de multa definitiva foi estabelecida em 07 (sete) dias-multa, a qual, sendo benéfica ao Réu, deve ser mantida. Assim, resta o Réu definitivamente condenado a 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de Reclusão e ao pagamento de 07 (sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso nas penas do art. 157, *caput* c/c 14, II, duas vezes, na forma do art.70 do Código Penal.

9. Quanto ao regime prisional fixado pela Magistrada, qual seja, o Fechado, verifica-se, na espécie, que não merece qualquer ajuste, permanecendo íntegro o argumento sustentado pela Magistrada, qual seja a existência de maus antecedentes e a reincidência em razão de crimes semelhantes. Cumpre repisar aqui que o Réu ostenta três condenações com trânsito e Julgado. Aliás, quando preso em razão dos fatos em questão, usava tornozeleira eletrônica, ou seja, estava em cumprimento de outra pena anteriormente imposta. Assim, o Regime fechado encontra-se em consonância com os termos do art. 33, parágrafo 3º do Código Penal. À propósito, cumpre trazer à colação trecho do voto do Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 20 de maio de 2004, do *Habeas Corpus* nº 28.295-0, 6ª Turma: '... Sem que haja dissídio qualquer, é segura, no direito penal vigente, excluída a hipótese da alínea 'a' do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos, embora pela mesma norma, insere no artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente'.

10. Por fim, quanto às alegações de prequestionamento para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial arguidas pela Defesa, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses previstas no inciso III, letras 'a', 'b', 'c' e 'd' do art. 102 e inciso III, letras 'a', 'b' e 'c' do art. 105 da C.R.F.B. e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral.

11. Rejeitada a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, para, afastando a majorante especial relativa a uso de arma de fogo, reduzir a pena do Apelante ALBERTO CARLOS DO NASCIMENTO LESSA a 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de Reclusão e pagamento de 07 (sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se, no mais, a Sentença vergastada" (e-STJ, fls. 8-13).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "e a reincidência não poderá ser exclusiva para a negação do regime mais brando. Para que haja a verdadeira deliberação sobre o regime do réu, as circunstâncias judiciais, previsão trazida pelo art. 59 do CP, deve ser considerada"; b) "sendo as circunstâncias favoráveis não se faz necessário a imposição do regime mais gravoso, já que a reincidência por si só obsta a possibilidade de mudança para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direito, impossibilitando forma mais branda de pena"; c) "o Paciente faz jus, portanto, ao início do cumprimento de sua pena em regime aberto, tendo em vista o montante total de pena aplicada, qual seja, 02 anos e 10 dias de reclusão" (e-STJ, fls. 1-6).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja estabelecido o regime prisional aberto para o desconto da reprimenda imposta ao ora paciente.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fl. 91).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fl. 112).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.952 - RJ (2016/0287102-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ALBERTO CARLOS DO NASCIMENTO LESSA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TENTADO. MAUS ANTECEDENTES. RÉU MULTIRREINCIDENTE. REGIME FECHADO CABÍVEL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA/STJ 269. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da básica pelos maus antecedentes dos réu.

3. 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 reincidência, não havendo falar em contrariedade à Súmula/STJ 269.

4. *Writ* não conhecido.

VOTO

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.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Está inscrito no acórdão ora combatido:

"[...] A Magistrada *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo de Lei, ou seja, em 05 (cinco) anos de Reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, ao argumento de que o Réu possui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maus antecedentes, consubstanciados em condenações outras transitadas em julgado. Registrou a Magistrada que, no entanto, uma destas condenações anteriores seria utilizada em próximo momento de fixação da pena, ou seja, quando da aplicação da agravante da reincidência.

Observando a FAC do Réu, constante do indexador 000069, constata-se que a mesma apresenta quatro anotações aptas a serem consideradas para a fixação da pena, todas relativas a condenações com trânsito em julgado anterior ao crime em questão. A primeira anotação, ante o tempo decorrido, somente pode ser observada como mau antecedente. As demais podem ser consideradas maus antecedentes ou como reincidência. A Magistrada optou, como referido, por considerar três anotações como maus antecedentes e uma como reincidência, o que se mostra adequado.

Considerando o número de anotações que apontam para maus antecedentes, penso ser adequada a fixação da pena-base com aumento de $\frac{1}{4}$ sobre a pena mínima, como fez a Magistrada. Assim, correta a fixação da pena privativa de liberdade base em 05 (cinco) anos de Reclusão. No entanto, quanto à pena de multa, a aplicação do referido aumento eleva a pena pecuniária para 12 (doze) dias-multa (e não 13 dias-multa, como fixado na Sentença). Impõe-se o ajuste necessário, benéfico ao Réu, ainda que a Defesa sobre o mesmo não tenha se manifestado, ante o amplo efeito devolutivo do recurso defensivo.

Na segunda fase, a Magistrada, considerando a reincidência, elevou a pena de $\frac{1}{6}$, estabelecendo a reprimenda de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de Reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Embora tenha havido equívoco quanto à multa, o patamar desta estabelecido pela Magistrada é inferior ao correto e, não tendo havido recurso ministerial, deve ser mantido.

Na mesma fase, a Magistrada, em seguida, considerou a atenuante da confissão e reduziu a pena em $\frac{1}{6}$, alcançando a mesma o patamar de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 09 (nove) dias-multa. No que tange à multa, a mesma foi estabelecida aquém do mínimo legal, embora, nesta fase, tal não seja permitido. No entanto, à mingua de recurso ministerial, não se pode fazer o ajuste, que não é benéfico ao Réu. Assim, deve ser a multa mantida nos termos fixados pela Magistrada *a quo*.

[...]

Quanto ao regime prisional fixado pela Magistrada, qual seja, o Fechado, verifica-se, na espécie, que não merece qualquer ajuste permanecendo íntegro o argumento sustentado pela Magistrada, qual seja a existência de maus antecedentes e a reincidência em razão de crimes semelhantes. Cumpre repisar aqui que o Réu ostenta três condenações com trânsito e Julgado. Aliás, quando preso em razão dos fatos em questão, usava tornozeleira eletrônica, ou seja, estava em cumprimento de outra pena anteriormente imposta. Assim, o Regime fechado encontra-se em consonância com os termos do art. 33, parágrafo 3º do Código Penal" (e-STJ, fls. 25-27).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*. Assim, considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da básica pelos maus antecedentes dos réu.

A esse respeito:

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

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

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

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

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

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação."

(HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se)

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

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

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

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

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

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

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

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

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado."

(HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se)

Ademais, 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 reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula/STJ 269.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se)

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. *WRIT* DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, §**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º e 44, III, ambos do CP.

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se.).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0287102-1

HC 376.952 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00086031520148190213 058066352014 58066352014 86031520148190213

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: ALBERTO CARLOS DO NASCIMENTO LESSA

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."

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