



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.512 - ES (2017/0153907-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JHONATAS CARDOSO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA VALORAÇÃO NEGATIVA DE TAIS VETORES. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA RECIDIVA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.
3. 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, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de uma condenação transitada em julgado, que não restou sopesada na segunda etapa do procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.
4. No que tange à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor cesura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Deveras, a intenção do agente de praticar o delito e a possibilidade de agir conforme o direito não justificam a exasperação da pena-base, pois não denotam a maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente.
5. O decreto condenatório não declinou fundamentação idônea para o aumento da básica pelos motivos do crime. Decerto, a necessidade de sustentar o seu vício em drogas não justifica qualquer exasperação da pena, podendo, eventualmente, motivar a redução da pena de 1/3 a 2/3, conforme a dicção do art. 46 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, caso reste comprovado que o agente não possuía, ao tempo da ação, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

6. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

7. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, como no caso em apreço, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

8. Do cotejo entre a sentença condenatória e a decisão colegiada que a manteve não se infere qualquer acréscimo na fundamentação pela Corte de origem, já que a vindicada compensação entre as aludidas atenuante e agravante foi indeferida, em ambas as instâncias, com fulcro na multirreincidência do réu. Ainda que assim não fosse, conquanto não seja facultado ao Tribunal *a quo* agregar novos dados em recurso exclusivo da defesa, visto que tal prática implicaria violação do princípio da *non reformatio in pejus*, admite-se que o órgão colegiado proceda à análise da legalidade dos fundamentos da decisão de 1º grau para conferir melhor compreensão da *quaestio iuris*, devendo, porém, serem respeitados os limites quantitativo e qualitativo da pena imposta.

9. Malgrado reste evidenciada flagrante ilegalidade na primeira fase da dosimetria, impõe-se reconhecer a impossibilidade de fixação de pena menor ou igual a 4 anos de reclusão. Além disso, por se tratar de réu reincidente e que ostenta antecedentes desabonadores, o que enseja a fixação da pena-base acima do piso estabelecido no preceito secundário do tipo penal criminator, deve ser mantido o regime prisional fechado, nos estritos termos do art. 33 do CP.

10. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, decotando o aumento correspondente à culpabilidade e aos motivos do crime.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.512 - ES (2017/0153907-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JHONATAS CARDOSO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JHONATAS CARDOSO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 14 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 9-17).

Irresignado, o réu apelou da sentença, tendo o Colegiado de origem, à unanimidade de votos, desprovido o recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - DOSIMETRIA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1 - A fixação da pena-base deve observar os critérios do artigo 59 do Código penal, podendo, assim, evidentemente, ser definida acima do mínimo teórico previsto para o tipo sob julgamento" (e-STJ, fl. 40).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "é cristalino que o Juízo da 3º Vara Criminal da Comarca de Vitória violou o art. 59 do Código Penal ao exasperar a pena-base do paciente, pois valorou negativamente 3 circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria de forma inidônea, concluindo por fixar a pena-base do delito descrito em 5 (cinco) anos, valor acima da pena-mínima prevista em abstrato"; b) "no que tange às circunstâncias judiciais da culpabilidade, ao fundamentar a sua valoração, justificou-se dizendo que a 'intenção de praticar o delito quando poderia ter agido conforme o direito sem violar norma penal'. O nome disto, em outras palavras, é dolo e é elemento subjetivo do delito, inerente à qualquer tipo penal"; c) "no que tange aos motivos, temos que o fundamento de valoração negativa da presente circunstância tem aporte na dependência química do réu, fato injustificável de acordo com uma interpretação sistemática do nosso direito (*vide* art. 45 da lei de Drogas), em que pese a dependência química, isto deveria ser fator de diminuição da punição e não de sua majoração"; d) "é pacífico no entendimento de nossa jurisprudência pátria que não há relação de preponderância entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea"; e) "na hora de julgar a matéria combatida (compensação entre a atenuante com a agravante), em recurso exclusivo de defesa, a c. Primeira Câmara Criminal incorreu em nítida violação do art. 617 do Código de Processo Penal, violando o *non reformatio in pejus*, por adicionar fundamentação diversa daquela firmada em sentença penal condenatória a fim de agravar a situação do réu" (e-STJ, fls. 2-5).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para que seja fixada a pena-base no mínimo legal e procedida à compensação entre as referidas atenuante e agravante, bem como pela revisão do regime prisional imposto para o desconto da reprimenda.

Pleito liminar indeferido (e-STJ, fl. 46).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 72-75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 405.512 - ES (2017/0153907-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : JHONATAS CARDOSO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA VALORAÇÃO NEGATIVA DE TAIS VETORES. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA RECIDIVA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

3. 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, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de uma condenação transitada em julgado, que não restou sopesada na segunda etapa do procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.

4. No que tange à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor cesura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Deveras, a intenção do agente de praticar o delito e a possibilidade de agir conforme o direito não justificam a exasperação da pena-base, pois não denotam a maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente.

5. O decreto condenatório não declinou fundamentação idônea para o aumento da básica pelos motivos do crime. Decerto, a necessidade de sustentar o seu vício em drogas não justifica qualquer exasperação da pena, podendo, eventualmente, motivar a redução da pena de 1/3 a 2/3, conforme a dicção do art. 46 da Lei n. 11.343/2006, caso reste comprovado que o agente não possuía, ao tempo da ação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

6. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

7. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, como no caso em apreço, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

8. Do cotejo entre a sentença condenatória e a decisão colegiada que a manteve não se infere qualquer acréscimo na fundamentação pela Corte de origem, já que a vindicada compensação entre as aludidas atenuante e agravante foi indeferida, em ambas as instâncias, com fulcro na multirreincidência do réu. Ainda que assim não fosse, conquanto não seja facultado ao Tribunal *a quo* agregar novos dados em recurso exclusivo da defesa, visto que tal prática implicaria violação do princípio da *non reformatio in pejus*, admite-se que o órgão colegiado proceda à análise da legalidade dos fundamentos da decisão de 1º grau para conferir melhor compreensão da *quaestio iuris*, devendo, porém, serem respeitados os limites quantitativo e qualitativo da pena imposta.

9. Malgrado reste evidenciada flagrante ilegalidade na primeira fase da dosimetria, impõe-se reconhecer a impossibilidade de fixação de pena menor ou igual a 4 anos de reclusão. Além disso, por se tratar de réu reincidente e que ostenta antecedentes desabonadores, o que enseja a fixação da pena-base acima do piso estabelecido no preceito secundário do tipo penal criminator, deve ser mantido o regime prisional fechado, nos estritos termos do art. 33 do CP.

10. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, decotando o aumento correspondente à culpabilidade e aos motivos do crime.

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de manifesta ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Magistrado processante, ao proceder à dosimetria da pena, reconheceu:

"[...] Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar a pena do acusado.

Culpabilidade evidenciada pela intenção de praticar o delito quando poderia ter agido conforme o direito sem violar norma penal. O acusado apresenta maus antecedentes criminais, eis que possui Guias de Execução Ativa (Execução Penal n. 0014193-43.2014.8.08.0030 - Guia n. 183487), conforme relatório às fls. 162-165, além de outras condenações, com guias de execução, que serão analisadas na segunda fase da dosimetria. Nada foi apurado com relação à sua conduta social. Não há meios hábeis nos autos para aferir a sua personalidade. O motivo do crime é para sustentar o vício em drogas ilícitas. As circunstâncias são normais à espécie delitiva. As circunstâncias do crime são normais à espécie delitiva. As consequências não foram graves. A vítima não concorreu para a prática do delito.

Ante tais circunstâncias judiciais, entendo como necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime a fixação da PENA-BASE em 05 cinco anos de reclusão e 12 dias multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Concorrendo a atenuante da confissão, prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, com a circunstância agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, em virtude do acusado ter mais 2 (duas) condenações, além daquela considerada nos antecedentes (Guia n. 163694, oriunda do processo n. 030099062645, da 3ª Vara Criminal de Unhães e Guia n. 171400, oriunda do processo n. 00340722520128080024, da 3ª Vara Criminal de Vila Velha), conforme relatórios de fls. 162-165, verifico, a teor do disposto no artigo 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência como preponderante, prevalecendo sobre a confissão, razão pela qual, aumento a pena em 06 (seis) meses de reclusão e 02 (dois) dias multa, fixando-a, em 5 (CINCO) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 14 (QUATORZE) DIAS MULTA, NO VALOR UNITÁRIO ANTERIORMENTE ARBITRADO.

Por não existirem outras circunstâncias atenuantes e circunstâncias agravantes a serem consideradas, bem como causas de diminuição e aumento da pena, torno DEFINITIVA a pena anteriormente fixada.

Conforme dispõe o artigo 33, § 2º, do Código Penal e a par da reincidência, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade anteriormente dosada, em regime FECHADO." (e-STJ, fl. 16).

O Colegiado *a quo*, por seu turno, desproveu o apelo defensivo pelos seguintes fundamentos:

"[...] No que tange à dosimetria do crime de roubo, noto que a pena-base do réu foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão.

Observo que a pena-base é proporcional ao crime, tendo em vista os antecedentes e o motivo do crime são desfavoráveis. Vejamos:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, devidamente justificada a pena-base nos maus antecedentes do apelante.

Quanto à alegação de que o vício em drogas não pode ser considerado desfavoravelmente quando da análise dos motivos do crime, entendo que a prática de crimes para sustentar o vício em drogas deve sim ser considerado desfavoravelmente tendo em vista a maior gravidade da conduta.

Deste modo, a exasperação da pena-base se mostra proporcional à conduta praticada.

Quanto à compensação da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência, não vejo como prosperar.

Isso porque, conforme conta o apelante é multirreincidente." (e-STJ, fls. 42-43).

Com efeito, verifica-se que o Juízo processante exasperou a pena-base a título de maus antecedentes, bem como em razão da maior culpabilidade do réu e dos motivos do crime.

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, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de uma condenação transitada em julgado, que não restou sopesada na segunda etapa do procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.

Quanto ao tema, trago à colação os recentes julgados desta Turma:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou-se 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."

[...]

(HC 388.575/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017, grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior 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 da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

2. 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 pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 1/9/2017, grifou-se).

Contudo, no que tange à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor cesura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Deveras, a intenção do agente de praticar o delito e a possibilidade de agir conforme o direito não justificam a exasperação da pena-base, pois não denotam o maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA-BASE PROPORCIONALMENTE REDUZIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.
- No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).
- **A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. - Na espécie, há constrangimento ilegal a ser sanado pela presente via, na medida em que o sentenciante, no que foi acompanhado pelo acórdão recorrido, não apreciou concretamente a intensidade da reprovação penal, deixando de minudenciar a maior reprovabilidade da conduta praticada, destacando apenas a consciência da ilicitude, que integra o conceito de culpabilidade, e que o paciente agiu sob violenta emoção após injusta provocação da vítima, o qual serviu para classificar o tipo penal como homicídio privilegiado. Pena-base proporcionalmente reduzida. Precedentes.**
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena do paciente para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."
(HC 300.062/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se).

Da mesma forma, forçoso reconhecer que o decreto condenatório não declinou fundamentação idônea para o aumento da básica pelos motivos do crime. Deveras, a necessidade de sustentar o seu vício em drogas não justifica qualquer exasperação da pena, podendo, eventualmente, motivar a redução da pena de 1/3 a 2/3, conforme a dicção do art. 46 da Lei n. 11.343/2006, caso reste comprovado que o agente não possuía, ao tempo da ação, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesse passo, deve ser afastada a valoração negativa dos vetores "culpabilidade" e "motivos" do crime.

Lado outro, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

Nesse passo, o concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, como no caso em apreço, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PACIENTE MULTIRREINCENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação.

3. No caso, a confissão do paciente, mesmo que parcial, somada às outras provas constantes dos autos, foi determinante para o reconhecimento da autoria e consequente condenação.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que 'É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

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

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e redimensionar a pena do paciente."

(HC 334.889/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/11/2015, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIRREINCENTE.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito do apelo extremo. (Súmula 7/STJ).

II - Inaplicável ao crime de roubo a causa supralegal de exclusão da ilicitude por tratar-se de delito que ofende o patrimônio e a integridade física da vítima, evidenciando maior grau de ofensividade, periculosidade e reprovabilidade da conduta, aptas a afastar a bagatela.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta eg. Corte, muito embora se reconheça a compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu multirreincidente, a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a multirreincidência exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a atenuante.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 585.654/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2016, DJe 26/2/2016, grifou-se).

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, E ART. 70, CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. **Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes.**

3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 332.211/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/2/2016, grifou-se).

Mais: do cotejo entre a sentença condenatória e a decisão colegiada que a manteve não se infere qualquer acréscimo na fundamentação pela Corte de origem, já que a vindicada compensação entre as aludidas atenuante e agravante foi indeferida, em ambas as instâncias, com fulcro na multirreincidência do réu. Ainda que assim não fosse, conquanto não seja facultado ao Tribunal *a quo* agregar novos dados em recurso exclusivo da defesa, visto que tal prática implicaria violação do princípio da *non reformatio in pejus*, admite-se que o órgão colegiado proceda à análise da legalidade dos fundamentos da decisão de 1º grau para conferir melhor compreensão da *quaestio iuris*, devendo, porém, serem respeitados os limites quantitativo e qualitativo da pena imposta.

Por fim, malgrado reste evidenciada flagrante ilegalidade na primeira fase da dosimetria, impõe-se reconhecer a impossibilidade de fixação de pena menor ou igual a 4 anos de reclusão. Além disso, por se tratar de réu reincidente e que ostenta antecedentes desabonadores, o que enseja a fixação da pena-base acima do piso estabelecido no preceito secundário do tipo penal criminator, deve ser mantido o regime prisional fechado, nos estritos termos do art. 33 do CP.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, decotando o aumento correspondente à culpabilidade e aos motivos do crime.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0153907-6

HC 405.512 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00301232220148080024 024140278847 20140031183549 24140278847
301232220148080024 8422014

EM MESA

JULGADO: 17/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: JHONATAS CARDOSO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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.