



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.604 - SP (2017/0081791-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DA SILVA RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTAVA CINCO CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS SOB APURAÇÃO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *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 individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
3. Não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto 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*.
4. Na hipótese, não há que se falar em duplo apenamento em razão de uma mesma circunstância, pois restou consignado que o réu ostentava ao menos cinco condenações transitadas em julgado à época dos fatos, tendo havido, portanto, valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, restando afastada a alegação de *bis in idem*. Precedentes desta Corte.
5. *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), 24 de outubro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.604 - SP (2017/0081791-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DA SILVA RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **DANILO DA SILVA RODRIGUES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 12 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, por duas vezes, c/c art. 71, *caput*, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 9-15).

Irresignada, a defesa interpôs o recurso de apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, em acórdão acostado aos autos às fls. 16-20, e-STJ.

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, que "as condenações utilizadas para reconhecer a reincidência foram empregadas para dispor a existência de maus antecedentes e majorar a pena-base" (e-STJ, fl. 2), em clara ofensa à Súmula 241/STJ.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja afastado o aumento aplicado na primeira fase da dosimetria a título de maus antecedentes.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem ou por sua denegação (e-STJ, fls. 129-132).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 395.604 - SP (2017/0081791-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DA SILVA RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTAVA CINCO CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS SOB APURAÇÃO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *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 individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
3. Não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto 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*.
4. Na hipótese, não há que se falar em duplo apenamento em razão de uma mesma circunstância, pois restou consignado que o réu ostentava ao menos cinco condenações transitadas em julgado à época dos fatos, tendo havido, portanto, valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, restando afastada a alegação de *bis in idem*. Precedentes desta Corte.
5. *Writ* não conhecido.

VOTO

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

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

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

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] Atento à diretriz do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu apresenta maus antecedentes criminais (fls. 103/120) e é reincidente (fls. 138, 139, 170, 171, 172 e 183) , de modo que aplico a pena de só um dos crimes um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa. Tendo em vista o reconhecimento do crime continuado e considerando que foram dois os crimes, aumento a pena de um-sexto (1/6), perfazendo a pena definitiva de cinco anos, cinco meses e dez dias de reclusão e doze dias-multa." (e-STJ, fl. 14).

"[...] Portanto, de rigor a condenação do acusado, como lançada. As penas foram aplicadas com adequada análise das circunstâncias, moderação e critério, sendo relevante consignar que o acusado é reincidente (certidão de fls. 138). Seguindo esses mesmos critérios, o regime carcerário, fechado, não comporta modificação. Dessarte, as razões apresentadas não trouxeram elementos de convicção suficientes para abalar a justa sentença." (e-STJ, fl. 19).

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

In casu, verifica-se que a pena-base foi exasperada a título de maus antecedentes, sendo certo que não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto 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*.

Ademais, não há que se falar em duplo apenamento em razão de uma mesma circunstância, pois restou consignado que o réu ostentava ao menos cinco condenações transitadas em julgado à época dos fatos, tendo havido, portanto, valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, restando afastada a alegação de *bis in idem*.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. AGRAVANTE SOPESADA NA SEGUNDA E NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.
3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em um ano de reclusão com fundamento em duas condenações anteriores definitivas, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima previstas para o delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).
4. A jurisprudência desta Corte é reiterada de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.
5. **A utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da aferição dos maus antecedentes e, ainda, para agravar a pena, pela reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da aferida na segunda, como no caso em apreço. Precedentes.**
6. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
7. Reconhecidos os maus antecedentes e a reincidência do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.
8. Fixada a sanção corporal em 6 anos de reclusão e verificada a reincidência do réu bem como suas circunstâncias desfavoráveis, é o regime inicial fechado o mais cabível para o cumprimento de pena privativa de liberdade. Precedente.
9. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 389.141/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR UTILIZADA PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE E A CONDUTA SOCIAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECOTE NO INCREMENTO SANCIONATÓRIO. REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR DIVERSA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. A dosimetria é uma operação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, as instâncias de origem utilizaram uma mesma condenação anterior transitada em julgado para valorar negativamente a personalidade e a conduta social do paciente, evidenciando o inaceitável *bis in idem*, razão pela qual é imprescindível o decote no incremento sancionatório.

2. Havendo mais de uma condenação anterior transitada em julgado, é possível exasperar a pena na primeira e segunda fases da dosimetria, inexistindo *bis in idem*. Precedentes.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

5. Ordem concedida em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 386.242/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/5/2017, DJe 17/5/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO E RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AUMENTO NA SEGUNDA FASE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE. ELEVAÇÃO PELO USO DE ARMA DE FOGO E RESTRINGIR A LIBERDADE DAS VÍTIMAS. EXASPERAÇÃO DAS PENAS EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO NO DELITO DE ROUBO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. RÉU REINCIDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como se proceder a qualquer reparo na estreita via do *writ*.

***In casu*, tendo em vista tratar-se de paciente que ostenta diversas condenações com trânsito em julgado anterior ao delito praticado, não verifico ilegalidade manifesta na utilização dessas condenações para justificar o aumento da pena-base, em razão da consideração desfavorável das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes, bem como da utilização de outra condenação para elevar a pena na segunda etapa, ante a reincidência constatada.**

A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que, considerando a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o *bis in idem*, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes e da reincidência na segunda fase.

3. Esta Corte consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, o enunciado n. 443 da Súmula do STJ.

Na hipótese, o Magistrado sentenciante limitou-se a assinalar que, constatadas duas causas de aumento - emprego de arma (inciso I) e restrição da liberdade das vítimas (inciso V) -, cabível a majoração no patamar de 3/8, fração superior ao mínimo legal previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, que é de 1/3. Assim, quanto ao referido delito, impõe-se o refazimento da dosimetria da pena.

4. Quanto ao regime prisional, deve ser mantido o fechado no delito de roubo, pois, mesmo com a redução da pena na terceira fase de dosimetria, observa-se que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, do Código Penal, haja vista que a pena privativa de liberdade restou fixada em patamar superior a 8 anos e trata-se de réu reincidente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo, que se torna definitiva no patamar de 10 anos de reclusão e 29 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau." (HC 188.086/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 15/2/2017, grifou-se).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0081791-6

HC 395.604 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00176909720108260032 176909720108260032 20130000368186

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DA SILVA RODRIGUES (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."

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