



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 865341 - SE (2023/0395020-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : ANDRE LUIZ CONCEICAO FERREIRA (PRESO)
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO CARDOSO DE MELO GUILHERME - SE005325
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MESMO FATO CRIMINOSO ANTERIOR SOPESADO PARA DOIS VETORES. *BIS IN IDEM*. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA EM 1/5. RÉU MULTIRREINCIDENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, 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.

2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que "não existe critério matemático obrigatório para a fixação da pena-base. Pode o magistrado, consoante a sua discricionariedade motivada, aplicar a sanção básica necessária e suficiente à repressão e prevenção do delito, pois as infinitas variações do comportamento humano não se submetem, invariavelmente, a uma fração exata na primeira fase da dosimetria" (AgRg no HC 563.715/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 21/9/2020).

3. Incabível a análise por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, da alegação relativa à indevida utilização de ações penais distintas, porém, oriundas da mesma operação policial, para justificar a elevação da pena, visto que o tema não foi debatido nas instâncias ordinárias.

4. A teor da jurisprudência deste Tribunal Superior, "a extinção da punibilidade pelo indulto não afasta os efeitos da condenação, dentre eles a reincidência, uma vez que só atinge a pretensão executória" (AgRg no HC 409.588/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2017).

5. 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 e, ainda, para exasperar a pena, em

razão da agravante da reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como na hipótese.

6. Segundo reiterado entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o cometimento de novo delito pelo agente em gozo de liberdade condicional constitui fundamento idôneo para exasperar a pena-base (AgRg no HC 579.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 29/06/2020; HC 279.541/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014).

7. No caso, as instâncias ordinárias consideraram como desfavoráveis a culpabilidade do agente (prática delitiva enquanto cumpria pena por condenação anterior, estando, inclusive, com tornozeleira eletrônica no momento da prisão) e os maus antecedentes (condenação definitiva não sopesada para fins de reincidência), para elevar a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes em 2 anos e 6 meses de reclusão, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.

9. Na hipótese, destacada a multirreincidência do paciente (duas condenações anteriores distintas da sopesada para elevar a pena-base), não se verifica manifesta ilegalidade na escolha da fração de 1/5 pelo reconhecimento da causa de aumento do art. 61, I, do Código Penal, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.

10. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 26 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 865341 - SE (2023/0395020-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ANDRE LUIZ CONCEICAO FERREIRA (PRESO)
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO CARDOSO DE MELO GUILHERME - SE005325
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MESMO FATO CRIMINOSO ANTERIOR SOPESADO PARA DOIS VETORES. *BIS IN IDEM*. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA EM 1/5. RÉU MULTIRREINCIDENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, 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.

2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que "não existe critério matemático obrigatório para a fixação da pena-base. Pode o magistrado, consoante a sua discricionariedade motivada, aplicar a sanção básica necessária e suficiente à repressão e prevenção do delito, pois as infinitas variações do comportamento humano não se submetem, invariavelmente, a uma fração exata na primeira fase da dosimetria" (AgRg no HC 563.715/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 21/9/2020).

3. Incabível a análise por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, da alegação relativa à indevida utilização de ações penais distintas, porém, oriundas da mesma operação policial, para justificar a elevação da pena, visto que o tema não foi debatido nas instâncias ordinárias.

4. A teor da jurisprudência deste Tribunal Superior, "a extinção da punibilidade pelo indulto não afasta os efeitos da condenação, dentre eles a reincidência, uma vez que só atinge a pretensão executória" (AgRg no HC 409.588/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2017).

5. 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 e, ainda, para exasperar a pena, em

razão da agravante da reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como na hipótese.

6. Segundo reiterado entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o cometimento de novo delito pelo agente em gozo de liberdade condicional constitui fundamento idôneo para exasperar a pena-base (AgRg no HC 579.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 29/06/2020; HC 279.541/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014).

7. No caso, as instâncias ordinárias consideraram como desfavoráveis a culpabilidade do agente (prática delitiva enquanto cumpria pena por condenação anterior, estando, inclusive, com tornozeleira eletrônica no momento da prisão) e os maus antecedentes (condenação definitiva não sopesada para fins de reincidência), para elevar a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes em 2 anos e 6 meses de reclusão, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos).

8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.

9. Na hipótese, destacada a multirreincidência do paciente (duas condenações anteriores distintas da sopesada para elevar a pena-base), não se verifica manifesta ilegalidade na escolha da fração de 1/5 pelo reconhecimento da causa de aumento do art. 61, I, do Código Penal, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.

10. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **ANDRÉ LUIZ CONCEICAO FERREIRA**, de decisão na qual não conheci do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 79-85).

O agravante insiste na tese de ser ilegal a exasperação da pena-base, visto que os dois dos feitos sopesados para valorar os antecedentes e a culpabilidade do agente são oriundos da mesma operação, tendo ocorrido a divisão por questões de distribuição, tanto que foi reconhecida a litispendência parcial.

Destaca que em um dos processos foi concedido indulto pelo juízo de execução, o que descaracteriza a existência dos maus antecedentes ou da culpabilidade.

Sustenta que a elevação da sanção inicial em fração superior a 1/6 exige fundamentação concreta, o que não ocorreu na hipótese.

Aduz que a presença de 2 condenações não caracteriza multirreincidência.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito ao colegiado, a fim de afastar o vetor relativo à culpabilidade do agente, estabelecendo a fração de aumento em 1/6 ou 1/8 para cada circunstância judicial, assim como que seja reduzida a fração da agravante de reincidência para 1/6.

É o relatório.

VOTO

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, transcrita a seguir, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque ela está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

"Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365,

Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

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

A Corte de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve a sanção imposta pelo Juízo sentenciante em decisão assim motivada:

"Tratando da dosimetria, verifico que, na primeira fase o juiz valorou negativamente a culpabilidade e antecedentes, valendo-se da seguinte fundamentação:

"Quanto à culpabilidade do réu, seus elementos afiguram-se anormais ao tipo penal no qual o acusado incorreu, uma vez que o réu cometeu o crime enquanto cumpria pena por condenação criminal (SEEU nº 0003424-23.2017.8.25.0086). Logo, demonstrou maior ousadia e indiferença com as decisões judiciais, as autoridades instituídas e o sistema normativa vigente, estando, inclusive, com tornozeleira eletrônica no momento da prisão.

(...) No caso vertente, não resta dúvida que o vetor culpabilidade deve ser tachado de forma negativa, porquanto o requerido cometeu o crime enquanto cumpria pena por condenação criminal anterior. Com efeito, tal fato mostra um grau de reprovabilidade maior na conduta do réu, que mesmo em plena fase de cumprimento de pena voltou a praticar crimes, em total descaso e indiferença com a Justiça.

(...) A ação do denunciado detém alto grau de censurabilidade além daquelas inerentes ao tipo penal e, em razão disso, a sua culpabilidade deve ser valorada de forma negativa.

Vê-se, portanto, que a pena a qual já se encontrava submetido o réu (por crime de roubo), não lhe trouxe qualquer efeito intimidativo, pois, mesmo sujeito a diversas obrigações e restrições judicialmente impostas, permaneceu na prática delituosa, pouco importando para ele a condição em que se encontrava.

(...) Quanto à antecedência criminal, o sentenciado deve ser considerado detentor de Maus Antecedentes, posto que a folha de antecedentes criminais atesta a existência de condenação já transitada em julgado nos autos nº 0000518-14.2015.8.25.0027 (201551000509 – relativo a porte ilegal de arma de fogo e receptação), 0000516-44.2015.8.25.0027 (201551000152 - tráfico de drogas e associação criminosa) e 0004785-48.2016.4.01.3308 (uso de documento falso – Processo de competência da Justiça Federal), as quais se encontram em execução junto ao SEEU nº 0003424-23.2017.8.25.0086.

Valoro uma delas, a saber, 0004785-48.2016.4.01.3308 neste momento, utilizando as demais na segunda fase da dosimetria.(...)"

A fundamentação adotada, como se vê, mostra-se idônea e autoriza a exasperação da pena-base em 02 anos e 06 meses, o que se deu de modo proporcional, razão pela qual mantenho o desvalor conferido às vetoriais e a pena-fixada em 07 anos e 06 seis meses.

Na segunda fase, reconhecida a multirreincidência, a pena foi agravada em 1/5 com fundamentação idônea, a saber:

"(...) Na segunda fase da dosimetria, verifica-se a incidência de circunstância agravante, a saber, a reincidência, visto que a folha de antecedentes criminais

atesta a existência de condenação já transitada em julgado nos autos nº 0000518- 14.2015.8.25.0027 e 0000516-44.2015.8.25.0027 (não utilizadas para fins de maus antecedentes), as quais se encontram em execução junto ao SEEU nº 0003424- 23.2017.8.25.0086.

Em regra, havendo a agravante da reincidência, a jurisprudência dos tribunais superiores orienta que haja um aumento da pena em 1/6. No entanto, no caso dos autos, temos um caso de multirreincidência, o que demonstra a necessidade de uma análise mais acurada acerca de tal valor.

Acerca do assunto, o STJ possui entendimentos no sentido de que as hipóteses de reincidência específica ou multirreincidência podem justificar a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do patamar de 1/6, para a agravante de reincidência, conforme: STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 548.769/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro Aurélio, em 10/03/2020 e STJ. 5ª Turma. HC 462.137/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 02/04/2019. A condição de multirreincidência exige, por óbvio, maior reprovação do que a conduta de um acusado que tenha a condição de reincidente pura e simplesmente em razão de um evento único e isolado em sua vida.

Ao equiparar o acusado reincidente ao multirreincidente, de forma simplista, seria violar o princípio constitucional da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, bem como o princípio da proporcionalidade.

Como reforço argumentativo, observa-se que além da situação acima tratada o demandado é reincidente específico na prática do crime de tráfico de entorpecentes.”

Destarte, a fração utilizada encontra amparo no STJ, inclusive diante do fundamento apontado para imprimir maior reprovabilidade, conforme precedente recente:

[...]

A pena intermediária, portanto, permanece hígida e igualmente a pena definitiva, à falta de causas de aumento e diminuição de pena na terceira fase" (e-STJ, fls. 48-51)

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, 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.

Como cediço, "não existe critério matemático obrigatório para a fixação da pena-base. Pode o magistrado, consoante a sua discricionariedade motivada, aplicar a sanção básica necessária e suficiente à repressão e prevenção do delito, pois as infinitas variações do comportamento humano não se submetem, invariavelmente, a uma fração exata na primeira fase da dosimetria" (AgRg no HC 563.715/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 21/9/2020)

Cabe destacar, antes de adentrar no mérito da questão, ser incabível a análise por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, da alegação relativa à indevida utilização de ações penais distintas, porém, oriundas da mesma operação policial, para justificar a elevação da pena, visto que o tema não foi debatido nas instâncias ordinárias.

Especificamente quanto ao fato do paciente ter sido beneficiado com indulto em uma das ações penais, cabe consignar que "a extinção da punibilidade pelo indulto não

afasta os efeitos da condenação, dentre eles a reincidência, uma vez que só atinge a pretensão executória" (AgRg no HC 409.588/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2017).

Feitas tais considerações, passo à análise das especificidades do caso.

Na hipótese, as instâncias ordinárias consideraram como desfavoráveis a culpabilidade do agente (prática delitiva enquanto cumpria pena por condenação anterior, estando, inclusive, com tornozeleira eletrônica no momento da prisão) e os maus antecedentes (condenação definitiva não sopesada para fins de reincidência), para elevar a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes em 2 anos e 6 meses de reclusão.

Quanto ao tema, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o cometimento de novo delito pelo agente em gozo de liberdade condicional constitui fundamento idôneo para exasperar a pena-base (AgRg no HC 579.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 29/06/2020; HC 279.541/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014).

Do mesmo modo, em diversos julgados, este Tribunal já se manifestou que 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 e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como ocorreu no caso em apreço.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA À SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - No caso concreto, verifica-se que o agravante, reincidente, foi flagrado na posse de seis cartuchos de uso permitido, acompanhados da respectiva arma de fogo sem potencial lesivo, contudo. No caso vertente, o agravante não ostenta a totalidade das condições necessárias ao reconhecimento da atipicidade material da conduta, porquanto pretendia vender, em via pública, o revólver, que ainda tinha valor no mercado paralelo, e as munições, aptas para serem utilizadas, o que demonstra a expressiva lesão jurídica e a elevada reprovabilidade do comportamento.

III - Assente que "A jurisprudência assente desta Corte é no sentido de que nos casos em que o paciente é reincidente ou detém maus antecedentes, referidas circunstâncias indicam a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância.

Na espécie, o princípio da insignificância foi afastado, em razão da vida pregressa do paciente, ao fundamento de que o recorrente possui comportamento reiterado na prática de crime[...]" (AgRg no HC n. 433.166/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 20/04/2018).

IV - No tocante à dosimetria, a reincidência restou atestada, além disso,

constavam as seguintes condenações, relativas às ações penais nos feitos n. 0000399-02.2018.8.26.0583, com trânsito em 17.5.2019 (Posse irregular de arma de fogo de uso permitido); n. 0017822-89.2015.8.26.0482, com trânsito em 14.2.2018 (tráfico de drogas); e n. 0020163-93.2012.8.26.0482, com trânsito em 23.11.2015 (furto qualificado) (fls. 22/27). Assim, não se verifica bis in idem, já que condenações diversas aptas foram utilizadas no cálculo da pena, uma para a elevação da pena-base, outra, para configurar a agravante, não havendo ilegalidade a corrigir.

V - Verbis: "se o réu possuir mais de uma condenação transitada em julgado, não há bis in idem por algumas delas serem consideradas como maus antecedentes, a exasperar a pena-base acima do mínimo legal, e que as outras sejam utilizadas para se reconhecer a reincidência, agravando, assim, a reprimenda na segunda fase do cálculo da pena. É que, em tais casos, não se trata de valoração do mesmo fato em momentos distintos da fixação da pena, o que preserva a Súmula 241 do STJ" (HC n. 166.471/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Desembargador Convocado do TJ/RS, Julgado em 28/6/2011).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC 627.099/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021);

"PENAL E PROCESSUAL. (I) ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E POSSE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO DIVERSO. (II) DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DIVERSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.

[...]

3. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

4. Nos moldes do enunciado n. 241 da Súmula desta Corte Superior, a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Nada obsta, porém, que, diante de diversas condenações definitivas pretéritas em desfavor do sentenciado, seja uma delas utilizada pelo sentenciante na primeira fase do cálculo da reprimenda, e a outra na segunda etapa da dosimetria, a título de reincidência. Precedentes.

5. Na espécie, correto o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto) diante dos maus antecedentes do paciente, pois presente uma condenação definitiva em face do sentenciado, anterior à data do fato em análise, diferente da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

6. Ordem denegada.

(HC 241.666/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 21/03/2017)

Portanto, tendo sido apresentado elementos idôneos para majoração da reprimenda básica e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao

referido delito (5 a 15 anos), não se mostra desarrazoado o aumento operado pela instância ordinária, a autoriza a intervenção excepcional desta Corte Superior.

Quanto ao pleito de alteração da fração aplicada pelo reconhecimento da reincidência, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão da incidência das agravantes, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto) exige fundamentação concreta.

Na hipótese, destacada a multirreincidência do paciente (duas condenações anteriores distintas da sopesada para elevar a pena-base), não se verifica manifesta ilegalidade na escolha da fração de 1/5 pelo reconhecimento da causa de aumento do art. 61, I, do Código Penal, a autorizar excepcionalmente a intervenção desta Corte.

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

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECUSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) POSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3 (UM TERÇO). VIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE E PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO ADEQUADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na hipótese, verifica-se que houve fundamentação idônea a lastrear o valor fracionário utilizado em patamar diverso a 1/6 (um sexto), em razão do paciente ser multirreincidente, circunstância essa que possibilita o agravamento da pena no patamar estabelecido pelas instâncias originárias. Precedentes.

[...]

Habeas Corpus não conhecido."

(HC 448.142/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SUMULA N. 241/STJ. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO DA PENA JUSTIFICADO ANTE A MULTIRREINCIDÊNCIA DO PACIENTE. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade

- Segundo o enunciado n. 241 da Súmula desta Corte Superior, a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

- Na espécie, o acórdão recorrido consignou que o paciente registra cinco condenações definitivas, sendo que duas delas foram utilizadas para exasperar a pena-base, a título de maus antecedentes, ao passo em que as três remanescentes embasaram o reconhecimento da reincidência, na segunda etapa da dosimetria, de modo que inexistente o alegado constrangimento ilegal, pois foram utilizadas condenações distintas para fins diversos. Portanto, correto o aumento da pena-base em 1/5, diante dos maus antecedentes do paciente, aos quais foram emprestados maior rigor por serem duas as condenações levadas em consideração na primeira fase da dosimetria. Precedentes.

- Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta. - Hipótese em que a fração de 1/4, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de pesarem contra o paciente três outras condenações definitivas, fundamentação idônea e de acordo com o postulado da proporcionalidade.

Precedentes.

- A via do *habeas corpus* não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal. (HC 162313/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 06/10/2011, DJe 09/11/2011).

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 392.299/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 12/12/2017).

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

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se" (e-STJ, fls. 79-85)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 865.341 / SE
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0395020-0

Número de Origem:

00003584220228250027 202200340832 202251000040 3584220228250027

Sessão Virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ ANTONIO CARDOSO DE MELO GUILHERME
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO CARDOSO DE MELO GUILHERME - SE005325
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
PACIENTE : ANDRE LUIZ CONCEICAO FERREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE -
CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE
DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANDRE LUIZ CONCEICAO FERREIRA (PRESO)
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO CARDOSO DE MELO GUILHERME - SE005325
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024