



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2508956 - SP (2023/0410722-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : RICARDO OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGINA BAUAB MERLO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO DE QUALIFICADORA PARA PRIMEIRA FASE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL COM A CONFISSÃO. AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA REMANESCENTE JUSTIFICADO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu recurso especial. A parte recorrente alega a impossibilidade de exasperação da pena-base com fundamento em qualificadora, ausência de fundamentação idônea para o aumento na segunda fase e que a fixação do regime fechado não possui amparo legal.
2. A questão em discussão consiste em saber se a utilização de uma qualificadora como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria viola o princípio do ne bis in idem.
3. A questão em discussão também envolve a proporcionalidade do aumento de pena na segunda fase da dosimetria em razão da multirreincidência e a adequação do regime inicial de cumprimento de pena.
4. A jurisprudência admite a migração de qualificadora sobressalente para a primeira fase da dosimetria, desde que devidamente fundamentada, não configurando violação ao princípio do ne bis in idem.
5. A compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência é adequada em casos de multirreincidência, sendo a fração de 1/6 para cada condenação remanescente considerada razoável e proporcional.
6. A fixação do regime fechado é justificada pela tripla reincidência específica do réu, circunstância judicial desfavorável

e as graves circunstâncias do crime, em conformidade com a Súmula 269/STJ.

7. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2508956 - SP (2023/0410722-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : RICARDO OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGINA BAUAB MERLO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO DE QUALIFICADORA PARA PRIMEIRA FASE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL COM A CONFISSÃO. AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA REMANESCENTE JUSTIFICADO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu recurso especial. A parte recorrente alega a impossibilidade de exasperação da pena-base com fundamento em qualificadora, ausência de fundamentação idônea para o aumento na segunda fase e que a fixação do regime fechado não possui amparo legal.

2. A questão em discussão consiste em saber se a utilização de uma qualificadora como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria viola o princípio do ne bis in idem.

3. A questão em discussão também envolve a proporcionalidade do aumento de pena na segunda fase da dosimetria em razão da multirreincidência e a adequação do regime inicial de cumprimento de pena.

4. A jurisprudência admite a migração de qualificadora sobressalente para a primeira fase da dosimetria, desde que devidamente fundamentada, não configurando violação ao princípio do ne bis in idem.

5. A compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência é adequada em casos de multirreincidência, sendo a fração de 1/6 para cada condenação remanescente considerada razoável e proporcional.

6. A fixação do regime fechado é justificada pela tripla reincidência específica do réu, circunstância judicial desfavorável e as graves circunstâncias do crime, em conformidade com a Súmula 269/STJ.

7. Recurso desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por RICARDO OLIVEIRA DA SILVA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu recurso especial.

A parte recorrente alega, em síntese, não ser possível a exasperação da pena-base com fundamento em qualificadora, ausência de fundamentação idônea para o aumento em 1/3 na segunda fase e que a fixação do regime fechado não possui amparo legal.

A pretensão recursal não merece prosperar.

O primeiro ponto de insurgência diz respeito à utilização de uma das

qualificadoras como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria. Nesse aspecto, observo que o Tribunal de origem, deparando-se com a presença de duas qualificadoras - rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, CP) e concurso de pessoas (art. 155, § 4º, IV, CP) - optou por empregar uma delas para qualificar o delito, enquanto a remanescente foi considerada na primeira fase como vetorial negativa.

Veja-se:

“Assim, pela multiplicidade de qualificadoras, fixo a pena de partida em 1/6 acima do mínimo legal, resultando 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na segunda fase, presentes a atenuante da confissão e a agravante da multirreincidência, a pena foi majorada em apenas ¼. Pugna a Dra. Promotora pelo aumento de, no mínimo, metade, porquanto múltipla e específica a reincidência. Todavia, mais razoável e proporcional, no caso, a exasperação da pena em 1/3, resultando 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 14 dias-multa. Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição, torno definitiva a pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 14 dias-multa. Em seguida, de rigor a estipulação do regime fechado. Iencam os §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal os seguintes critérios à fixação do regime prisional: quantidade de pena, circunstâncias judiciais e reincidência. In casu, em que pese a quantidade de pena, o acusado é triplamente reincidente específico, de sorte que, observado o disposto nos artigos 33, § 3º, e 59, inciso III, ambos do Código Penal, o fechado é o regime inicial cabível à espécie. Acrescentam-se, ainda, as graves circunstâncias do caso concreto ousado furto a estabelecimento comercial, praticado de madrugada, mediante rompimento de obstáculo e em concurso com mais dois agentes. Estas mesmas circunstâncias determinam o afastamento da substituição da sanção segregativa, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, e o sursis. 3. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso do Ministério Público para aumentar a pena de RICARDO OLIVEIRA DA SILVA para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias- multa, no mínimo legal, bem como alterar o regime inicial de cumprimento da privativa de liberdade para o fechado.”

Tal forma de proceder encontra respaldo na jurisprudência desta Corte Superior, que admite a migração de qualificadora sobressalente para a primeira fase da dosimetria, desde que devidamente fundamentada. Não se verifica, nessa sistemática, qualquer violação ao princípio do ne bis in idem, já que cada qualificadora é considerada uma única vez, em momentos distintos da dosimetria.

No caso em exame, o tribunal de origem fundamentou adequadamente a opção, destacando que o concurso de agentes, qualificadora remanescente, foi utilizada para evidenciar maior reprovabilidade da conduta na primeira fase, enquanto o rompimento de obstáculo serviu para qualificar o delito. Não há, portanto, qualquer mácula nesse ponto da dosimetria.

No que concerne à segunda fase da dosimetria, o cerne da controvérsia reside na alegação de que seria desproporcional o aumento de 1/3

pela agravante da reincidência após a compensação parcial com a atenuante da confissão espontânea.

O argumento, contudo, não merece prosperar.

Da análise dos autos, verifica-se que o réu ostenta três condenações definitivas anteriores, caracterizando situação de multirreincidência. Diante desse cenário, o Tribunal realizou criterioso cálculo: promoveu a compensação de uma das condenações com a confissão espontânea e, quanto às duas remanescentes, aumentou a pena em 1/3, o que equivale a 1/6 para cada condenação.

A conclusão está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, pois a compensação integral aplica-se somente em casos de reincidência única. Havendo múltiplas condenações definitivas, como na espécie, admite-se a compensação parcial, sendo a fração de 1/6 para cada condenação remanescente considerada razoável e proporcional.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. PENA-BASE MAJORADA EM 3 ANOS. TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS (19KG DE COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. RECONHECIDA A FRAÇÃO DE 1/6 PARA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 3ª FASE. OCORRÊNCIA DE BIS IN INDEM. RECONHECIMENTO DA CAUSA REDUTORA DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA E LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No delito de tráfico de drogas não há ilegalidade na exasperação da pena-base acima do mínimo legal com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Por outro lado, quanto à fração de aumento da pena-base, no silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas.

No caso dos autos, a natureza e a quantidade de drogas que o agravante estaria transportando - 19kg de cocaína, divididos em 20 tijolos -, é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base em 3/5, sobretudo considerando que o art. 59 do Código Penal - CP não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao

delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto. Ademais, a majoração da pena-base no patamar aplicado pela Corte estadual mostra-se razoável, pois a fundamentação apresentada está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento desta Corte de que a quantidade e/ou natureza da droga apreendida deve ser considerada na fixação da reprimenda.

2. Na segunda fase dosimétrica, a pena foi reduzida em 1/8, pois reconhecida a atenuante de confissão espontânea, todavia, não houve justificativa para a utilização de fração inferior a 1/6, contrariando a jurisprudência deste STJ, no sentido de que "deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado" (AgRg no HC 370.184/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 22/5/2017).

3. Quanto à aplicação da causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, cumpre destacar que esta Corte Superior possui reiterada jurisprudência no sentido de que o fato de o acusado estar desempregado quando da prática criminosa não permite inferir que se dedica habitualmente às atividades criminosas.

Precedentes.

De mais a mais, esta Corte Superior firmou o entendimento de que há *bis in idem* quando a quantidade e/ou natureza da droga é utilizado para elevar a pena-base e também para modular a fração da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso dos autos, no qual foram utilizadas a quantidade e natureza das drogas nas primeira e terceira fases - 19kg de cocaína. Impende salientar que se trata da hipótese enfrentada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, de rigor a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3.

4. Diante do quantum de pena fixado (2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 222 dias-multa), inferior a 4 anos, cotejado

com a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de droga apreendida e seu consequente potencial lesivo à saúde pública, o regime a ser imposto é o semiaberto, nos termos dos art. 33, § 3º e 59, ambos do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e em consonância com esta Quinta Turma.

5. Mantida a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, embora a reprimenda final seja inferior a 4 anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis e em razão da quantidade de drogas apreendidas, o que justifica o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 885.148/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 3/7/2024.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ATENUANTE DA MENORIDADE. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ESCOLHA DE FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

II - No presente caso, há flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, pois não houve fundamentação idônea para desabonar a culpabilidade e os antecedentes. Ademais, o comportamento da vítima é circunstância judicial neutra, não podendo ser valorada em desfavor do réu, mas em seu benefício quando ela, de alguma forma, contribui para o cometimento do crime.

III - De igual modo, mostra-se flagrantemente desproporcional a redução da pena pela menoridade do paciente em apenas 6 (seis) meses - o que representava 1/37 (um trinta e sete avos) da pena-base -, devendo ser fixada a fração paradigma de 1/6 (um sexto), ante a ausência de motivação para a incidência em patamar inferior.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no

sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 370.184/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 9/5/2017, DJe de 22/5/2017.)

Por fim, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, embora a reprimenda final tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão (3 anos, 1 mês e 10 dias), o tribunal apresentou fundamentação robusta e idônea para fixação do regime fechado.

Com efeito, foram apontadas circunstâncias concretas que justificam o regime mais gravoso: (i) a tripla reincidência específica do réu, que revela especial descaso com o ordenamento jurídico ao reincidir reiteradamente no mesmo tipo penal; (ii) a presença de circunstância judicial desfavorável, consistente na qualificadora excedente; e (iii) as graves circunstâncias do crime concreto, praticado durante a madrugada, mediante rompimento de obstáculo e em concurso com outros dois agentes.

Este entendimento encontra amparo, inclusive, na Súmula 269/STJ, segundo a qual admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. No caso em exame, *a contrario sensu*, sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais e presente a multirreincidência específica, mostra-se adequada a fixação do regime fechado.

Salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostra-se inadequado, uma vez que demandaria necessariamente o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado sumular nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, somente é possível a revisão da dosimetria da pena nos casos em que houver manifesta desproporcionalidade entre o delito e a reprimenda imposta, o que não é o caso dos autos.

Ante o exposto, conheço do agravo para negar provimento ao recurso.
É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0410722-0

**AREsp 2.508.956 /
SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15068829320238260228 15068829320238260228521612023 521612023

PAUTA: 18/02/2025

JULGADO: 18/02/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RICARDO OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADOS : REGINA BAUAB MERLO - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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, conheceu do agravo e negou provimento ao recurso especial."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.