



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.935 - SP (2016/0309467-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO BARBOSA DA SILVA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO JÁ ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. PLURALIDADE DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS. AUMENTO SUPERIOR A 1/8 NA PRIMEIRA ETAPA DO CRITÉRIO DOSIMÉTRICO MOTIVADO. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. CABIMENTO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. *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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

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. Dessarte, 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. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. Conforme o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

5. 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".

6. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente 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.

7. Hipótese na qual o réu ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos já atingidas pelo período depurador de cinco anos, o que justifica a exasperação superior ao percentual consagrado de 1/8 pelos maus antecedentes. Além disso, verifica-se que o *quantum* de aumento incidiu sobre a pena mínima prevista no preceito secundário do tipo penal incriminador, e não sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima do crime de roubo, o que se revelou deveras favorável ao réu.

8. Ainda que a atenuante da confissão espontânea deva ser compensada com a agravante da reincidência, considerando se tratar de paciente que ostentava três condenações transitada em julgado não atingidas pelo período depurador de cinco anos (CP, art. 64, I), deve ser mantido o incremento da pena em 1/3. Decerto, uma das condenações deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, remanescendo duas outras a ser valoradas, o que justifica o incremento da pena de 1/6, sendo, pois, proporcional o aumento operado pela Corte de origem.

9. Tratando-se de réu reincidente, ao qual foi aplicada reprimenda superior a quatro anos de reclusão e inferior a oito anos, tendo a pena base sido estabelecida acima do mínimo estabelecido para o crime de roubo, inexistente desproporcionalidade na fixação do regime inicialmente fechado, não havendo se falar em violação das Súmulas/STF 718 e 719, bem como da Súmula/STJ 440.

10. *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), 21 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.935 - SP (2016/0309467-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO BARBOSA DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de **LUIZ ANTONIO BARBOSA DA SILVA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 34-39).

Da sentença, a defesa interpôs apelação perante a Corte de origem, que restou parcialmente provida para reduzir a pena para 5 (cinco) anos e (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, ficando mantido o meio prisional fechado para o início de cumprimento da sanção corporal. Eis a ementa do acórdão:

"Apelação criminal. Roubo qualificado. Pretensão de absolvição ao argumento de insuficiência probatória. Pedidos subsidiários de afastamento do aumento da pena pelos maus antecedentes e pela reincidência e compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação. Teses secundárias afastadas. Penas remodeladas. Regime prisional mantido. Recurso parcialmente provido" (e-STJ, fl. 35).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "caso o período depurador de 5 (cinco) anos já tenha sido ultrapassado, não mais estão caracterizados os maus antecedentes. Não seria coerente que a condenação anterior, não mais gerando a reincidência, conforme previsão do artigo 64, I, do Código Penal, fosse considerada mau antecedente, sob pena de afronta ao artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição da República, que veda penas de caráter perpétuo"; b) "o apelante ostenta condenações antigas que não podem ser utilizadas a título de maus antecedentes, de modo que a pena-base foi aumentada indevidamente, devendo ser afastado o aumento promovido na primeira etapa da dosimetria"; c) "o artigo 59 do Código Penal elenca uma série de circunstâncias que devem ser fundamentadamente analisadas pelo julgador. O fato de apenas uma delas ser desfavorável não permite um aumento de tal monta"; d) "assim como a reincidência, a confissão constitui circunstância preponderante, uma vez que está ligada a aspecto positivo da personalidade do agente, elemento este também indicado no art. 67 do Código Penal"; e) "o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do disposto no art. 67 do Código Penal"; f) "caso os pedidos anteriores sejam acolhidos, o réu terá direito ao regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena"; g) "considerando que o *modus operandi* encontra-se no estalão comum e, uma vez fixada a pena-base do paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, têm aplicação concreta no caso penal as súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF" (e-STJ, fls. 1-8).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, a fim de que seja: a) a pena-base estabelecida no mínimo fixado no preceito secundário do tipo penal; b) compensada a atenuante da reincidência com a agravante da reincidência; c) fixado o regime prisional semiaberto.

Não foi deduzido pedido de liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, ainda, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 47-50).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.935 - SP (2016/0309467-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ ANTONIO BARBOSA DA SILVA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO JÁ ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. PLURALIDADE DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS. AUMENTO SUPERIOR A 1/8 NA PRIMEIRA ETAPA DO CRITÉRIO DOSIMÉTRICO MOTIVADO. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. CABIMENTO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. *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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

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. Dessarte, 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. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. Conforme o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

5. 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".

6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

multirreincidente 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.

7. Hipótese na qual o réu ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos já atingidas pelo período depurador de cinco anos, o que justifica a exasperação superior ao percentual consagrado de 1/8 pelos maus antecedentes. Além disso, verifica-se que o *quantum* de aumento incidiu sobre a pena mínima prevista no preceito secundário do tipo penal incriminador, e não sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima do crime de roubo, o que se revelou deveras favorável ao réu.

8. Ainda que a atenuante da confissão espontânea deva ser compensada com a agravante da reincidência, considerando-se tratar de paciente que ostentava três condenações transitadas em julgado não atingidas pelo período depurador de cinco anos (CP, art. 64, I), deve ser mantido o incremento da pena em 1/3. Decerto, uma das condenações deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, remanescendo duas outras a serem valoradas, o que justifica o incremento da pena de 1/6, sendo, pois, proporcional o aumento operado pela Corte de origem.

9. Tratando-se de réu reincidente, ao qual foi aplicada reprimenda superior a quatro anos de reclusão e inferior a oito anos, tendo a pena base sido estabelecida acima do mínimo estabelecido para o crime de roubo, inexistente a desproporcionalidade na fixação do regime inicialmente fechado, não havendo se falar em violação das Súmulas/STF 718 e 719, bem como da Súmula/STJ 440.

10. *Writ* não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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

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

O Tribunal *a quo*, ao proceder à nova dosimetria da pena imposta ao paciente, fez consignar:

"[...] A dosimetria, todavia, merece reparo.

Fixo as penas acima do mínimo legal em um sexto (1/6) eis que os maus antecedentes de LUIZ ANTONIO se referem a fatos pretéritos cometidos a cerca de vinte anos atrás, resultando em quatro (4) anos e onze (11) meses de reclusão, e ao pagamento de 11 dias-multa, no valor mínimo legal.

Presente a atenuante genérica da confissão espontânea, suas penas retornam aos patamares mínimos.

Presente a circunstância agravante da reincidência (cf. Folha de Antecedentes de fls. 13) elevo suas penas em um terço (1/3), totalizando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinco (5) e quatro (4) meses de reclusão, e ao pagamento de 13 dias-multa, no piso, tornando-se, assim, definitivas, ausentes outras circunstâncias agravantes e atenuantes ou causas de aumento ou diminuição de pena.

E é plenamente viável a utilização das diversas condenações do apelante transitadas em julgado para efeito de valoração negativa dos antecedentes criminais e da personalidade e ainda para configuração da reincidência. Não há óbice no ordenamento jurídico para tanto nem violação do princípio do *ne bis in idem*.

Inaplicável, ao caso *sub judice*, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nem tampouco o benefício do *sursis*, vez que o apelante não preenche os requisitos previstos no art. 44 e art. 77, ambos do Código Penal, tratando-se de réu reincidente, nem o *quantum* das penas autoriza.

Foi fixado o regime inicial fechado, que fica mantido, eis que adequado face ao Princípio da Suficiência, e por ser o único adequado à prevenção e reprovação de delitos desta natureza, sendo crime que tanto intranquiliza a população ordeira. E o apelante é réu reincidente, evadido do Sistema Prisional, tendo abandonado o regime semiaberto, e voltou a delinquir, praticando roubo, revelando má formação de personalidade e desrespeito ao patrimônio alheio, o que faz merecer maior reprovabilidade de sua conduta e uma terapêutica penal mais rigorosa" (e-STJ, fls. 38-39).

Como cediço, 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. Dessarte, 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.

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreram há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base.

2. Incidência do óbice do Enunciado n. 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 787.889/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016, grifou-se)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NÃO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

2. **O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.**

3. O patamar da reprimenda imposta (5 anos) não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a concessão da substituição da pena e, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, a fixação do regime aberto.

4. *Habeas Corpus* não conhecido."

(HC 246.122/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016, grifou-se)

Além disso, conforme o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

A esse respeito:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

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

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

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

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

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
 2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.
 3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de *habeas corpus*.
 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.
 5. **A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.**
 6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.
 7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado."
- (HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se)

Mais: o aumento em 1/8 por circunstância judicial negativamente valorada não é absoluto. Desde que devidamente motivado, admite-se incremento superior por cada vetorial do art. 59 do CP negativamente valorado.

Ademais, 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 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:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. CONFISSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. 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. MULTIRREINCIDÊNCIA.

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 16/02/2016, DJe 26/02/2016)

"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 19/02/2016)

Na hipótese sob análise, o réu ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos já atingidas pelo período depurador de cinco anos, o que justifica a exasperação superior ao percentual consagrado de 1/8 pelos maus antecedentes. Além disso, verifica-se que o *quantum* de aumento incidiu sobre a pena mínima prevista no preceito secundário do tipo penal incriminador, e não sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima do crime de roubo, o que se revelou deveras favorável ao réu.

De igual modo, ainda que a atenuante da confissão espontânea deva ser compensada com a agravante da reincidência, considerando se tratar de paciente que ostentava três condenações transitada em julgado não atingidas pelo período depurador de cinco anos (CP, art. 64, I), deve ser mantido o incremento da pena em 1/3. Decerto, uma das condenações deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, remanescendo duas outras a ser valoradas, o que justifica o incremento da pena de 1/6, sendo, pois, proporcional o aumento operado pela Corte de origem.

Por derradeiro, dúvida não há sobre o cabimento do regime prisional fechado para o desconto da sanção corporal imposta ao ora paciente. Deveras, tratando-se de réu reincidente, ao qual foi aplicada reprimenda superior a quatro anos de reclusão e inferior a oito anos, tendo a pena base sido estabelecida acima do mínimo estabelecido para o crime de roubo, inexistente desproporcionalidade na fixação inicial do regime fechado, não havendo se falar em violação das Súmulas/STF 718 e 719, bem como da Súmula/STJ 440.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0309467-0

HC 379.935 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00421329720158260050 20160000769889 421329720158260050 9392015

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIZ ANTONIO BARBOSA DA SILVA

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.