



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 365.794 - SP (2016/0206415-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : ANGELO DI BELLA NETO  
**ADVOGADO** : ANGELO DI BELLA NETO - SP232309  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DENIS PEREIRA PADILHA (PRESO)

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ESTELIONATO**. DOSIMETRIA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO**.

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - 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).

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, judicial ou extrajudicial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorre na espécie. Súmula 545/STJ.

IV - A col. **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência"*.

V - *"Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações" (AgRg no AREsp n. 398.516/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 1º/8/2016).*

VI - **In casu**, o regime inicial fechado foi estabelecido somente com base na reincidência do paciente. Contudo, tendo a pena-base sido fixado no mínimo legal, por serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se mais adequada a adoção do regime intermediário (semiaberto), pois fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Inteligência da Súmula 269/STJ.

VII - O paciente não faz **jus** à substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, uma vez que a reincidência em crime doloso (condenação anterior por roubo) impede a concessão da benesse, nos termos do art. 44, II, do Código Penal. Precedente.

**Habeas corpus** não conhecido. Contudo, **ordem concedida, de ofício**, para reduzir a sanção imposta para **1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, fixando-se o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda**.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.794 - SP (2016/0206415-4)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de DENIS PEREIRA PADILHA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação Criminal n. 0012620-17.2011.8.26.0048.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 171 do Código Penal, por quatro vezes, na forma do art. 71 da Lei Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão assim ementado:

*"APELAÇÃO. Estelionato. Preliminar de nulidade do feito. Rejeição. Absolvição por atipicidade da conduta, ante o princípio da insignificância. Impossibilidade. Sentença mantida. Recurso improvido" (fl. 44).*

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante requer, em síntese: a) o reconhecimento da atenuante da confissão e sua compensação integral com a agravante da reincidência; b) a fixação em 1/6 (um sexto) da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva; c) o estabelecimento do regime inicial aberto ou, subsidiariamente, semiaberto; d) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Pedido liminar **indeferido** à fl. 29.

Informações prestadas às fls. 41-55.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 59-62, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem de ofício *"apenas para que seja realizada a compensação da agravante de reincidência com a atenuante de confissão, redimensionando-se a reprimenda imposta, e lhe seja concedido o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime intermediário, se por outras razões não tiver*



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*de permanecer no regime mais rigoroso" (fl. 62).*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.794 - SP (2016/0206415-4)

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ESTELIONATO**. DOSIMETRIA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO**.

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - 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).

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, judicial ou



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extrajudicial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorre na espécie. Súmula 545/STJ.

IV - A col. **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência"*.

V - *"Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações"* (AgRg no AREsp n. 398.516/RN, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 1º/8/2016).

VI - **In casu**, o regime inicial fechado foi estabelecido somente com base na reincidência do paciente. Contudo, tendo a pena-base sido fixado no mínimo legal, por serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se mais adequada a adoção do regime intermediário (semiaberto), pois fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Inteligência da Súmula 269/STJ.

VII - O paciente não faz **jus** à substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, uma vez que a reincidência em crime doloso (condenação anterior por roubo) impede a concessão da benesse, nos termos do art. 44, II, do Código Penal. Precedente.

**Habeas corpus** não conhecido. Contudo, **ordem concedida, de ofício**, para reduzir a sanção imposta para **1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, fixando-se o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda**.

### VOTO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** 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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. 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).

Para melhor delimitar a **quaestio**, destaco os seguintes trechos da r. sentença condenatória:

*"[...] O réu, interrogatório somente na fase policial, confessou a prática criminosa, afirmando ter abastecido o veículo e deixado o local sem efetuar o pagamento (fls. 30). Não mais encontrado, foi decretada sua revelia nesta data, ocasião em que não compareceu para fornecer sua versão sobre os fatos. Encerrada a instrução processual, as provas coligidas são suficientes para a prolação de um decreto condenatório. A forte prova oral indica a prática delitiva por parte do réu exatamente como consta na denúncia. Além disso, o réu confessou extrajudicialmente a conduta criminosa. Importante destacar que a confissão extrajudicial do réu mostra-se como elemento probatório inequivocamente apto a carrear a condenação, sobretudo porque confirmada pela prova oral. [...]. Passo a dosar a pena. Assim, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do réu e às demais diretrizes norteadoras do artigo 59, caput do Código Penal, em face do preceito sancionador do artigo 171, caput, do Código Penal, fixo a pena base em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase de aplicação da pena, atenta à reincidência em crime contra o patrimônio (fls. 07 do apenso próprio), agravo a pena de 1/3 (um terço), perfazendo 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Fundamenta-se o patamar eleito para agravamento da pena na preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias legais (art. 67, CP), bem assim e se considera aqui para diferenciar e fundamentar a escolha de patamar de 1/3 (um terço) e, portanto, mais elevado do que o normalmente considerado quando réus ostentam condenações que caracterizam maus antecedentes, o que o próprio legislador veda para réus reincidentes, diferentemente daqueles que ostentam maus antecedentes, tudo a indicar a maior reprovabilidade e culpabilidade de agentes reincidentes. [...]. Ainda na terceira fase e considerando a continuidade entre quatro crimes de estelionato, aumento a pena de 1/2 (metade), perfazendo o total de 02 (dois) anos de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Inexistindo outras circunstâncias modificadoras aplicáveis, torno a pena definitiva. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a presente acusação movida pela Justiça Pública em face de DENIS PEREIRA PADILHA, já qualificado nestes autos, para, com fundamento no artigo 171, caput, por quatro vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, CONDENAR o réu a cumprir, no regime inicial fechado, a pena de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Fixo o regime inicial fechado, diante da reincidência ostentada pelo réu, o que demonstra personalidade contrária aos preceitos éticos e de convivência social, bem assim que faz do patrimônio alheio seu meio de vida, não devendo retornar ao convívio social até que demonstre merecimento, devendo submeter-se antes ao regime fechado" (fls. 18-20).*

O Tribunal de origem manteve a r. sentença condenatória, ao argumento de que a confissão do paciente teria se dado apenas na fase policial, não tendo sido ratificada em juízo. Ademais, entendeu que a reincidência do paciente seria preponderante sobre a atenuante da confissão, mantendo a pena imposta, bem como o regime inicial fechado, em razão da reincidência. Destaco os seguintes trechos do voto condutor do v. acórdão de apelação:

*"Com efeito, o apelante, na Delegacia, numa primeira oportunidade, negou a prática do delito (fls. 10). Em nova oportunidade, confessou a autoria, admitindo que, por duas vezes, na condução do veículo de sua genitora, dirigiu-se até o posto de gasolina situado ao lado do antigo supermercado "Compre Bem" (atualmente "Extra Supermercados") e abasteceu o automóvel, saindo sem efetuar o pagamento. Assumiu, também, que, em duas outras oportunidades, enquanto conduzia seu próprio veículo, praticou igual conduta. Por fim, comprometeu-se a pagar pelos prejuízos (fls. 30) para, na fase do contraditório, tornar-se revel (fls. 80).*

*[...]*

*Vale anotar que, a par da confissão do réu, os relatos das testemunhas confirmam o estelionato e indicam claramente a autoria, daí a procedência da denúncia.*

*Destarte, ao contrário do sustentado pela Defesa, o conjunto probatório mostrou-se apto a ensejar o édito condenatório, pois o apelante, de fato, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo do estabelecimento-vítima, que não recuperou a totalidade*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do prejuízo, arcando com parte dele, considerado o relato das testemunhas a respeito do pagamento parcial do prejuízo feito pela genitora do réu Terezinha de Fátima Gonçalves de Souza (fls. 12).

[...]

Assim, demonstrada a materialidade delitiva pelos boletins de ocorrência (fls. 03/04, 18/19, 22/23 e 26/27), a par de apurada a autoria à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado a pena-base no mínimo legal para cada um dos crimes ou seja, em um (1) ano de reclusão, com multa de dez (10) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, majoraram-se as sanções de um terço (1/3) em face da reincidência decorrente de condenação pretérita e definitiva por roubo noticiada a fls. 07 do apenso, resultando em um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, mais treze (13) diárias diante de cada crime.

A exasperação se justifica porque o denunciado demonstrou não ter notado as consequências de seus atos, tanto que voltou a delinquir mesmo depois de condenado por delito grave (roubo), impondo ressaltar a inexistência de impugnação da Defesa a respeito.

[...]

Ainda neste ponto, registre-se que o réu não compareceu em juízo para ratificar a confissão policial, daí a inexistência da atenuante correspondente.

Por outro lado, sem sentido discussão aprofundada da questão, porquanto a reincidência prepondera sobre a confissão, nos termos do artigo 67 do Código Penal.

“2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes” (RHC 115994/DF, Relatora Ministra Carmem Lúcia, julgado 02-4-2013, grifei).

Sem dissensão, “Não é a confissão, 'simpliciter', que atenua a pena, mas a confissão espontânea. Além disso, não cabe neutralizar a agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea, porque isso implicaria negar vigência à norma inscrita no art. 67, CP. Precedentes cônsonos do STJ” (RJDTACrimSP, 53/66).

[...]

Já na terceira fase prevista no artigo 68 do Código Penal, reconhecida a continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), aplicou-se tão-só uma das penas, no caso majorada de metade (1/2), chegando-se ao patamar definitivo de dois (2) anos de reclusão, mais dezenove (19) dias-multa, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.

O número de infrações penais justifica o acréscimo imposto como forma de se conferir a necessária repressão ao crime, não ensejando a situação impugnação das partes.

Inconcebível o privilégio (artigo 171, § 1º, do Código Penal), tendo em vista a reincidência reconhecida.

Por fim, acertada a imposição do retiro pleno para se conferir adequada reprovação à conduta, ainda mais diante da reincidência antes aludida.

[...]



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Pelos mesmos motivos, inadmissíveis a substituição da corporal por restritivas de direitos e a concessão do sursis, benesses que ensejariam sentimento de impunidade, com odioso incentivo à delinquência, tanto que presentes óbices legais expressos, isso sem se ignorar a impulsão ou compulsão exagerada ao crime, verificada pela seguida prática de infrações penais, tudo delineando dolo exacerbado e incondizente com aquelas providências (artigos 44, II e III e 77, I e II, ambos do Código Penal)" (fls. 47-54).*

Verifica-se dos trechos transcritos que as instâncias ordinárias valeram-se da confissão extrajudicial do paciente para fundamentar o édito condenatório, tendo ela sido utilizada em conjunto com os depoimentos das testemunhas para firmar a autoria delitiva.

A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

**"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 65, III, D, E 67, AMBOS DO CP. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. TEMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA.**

1. Se o Tribunal, ao apreciar a apelação, utiliza a confissão como fundamento para manter a sentença condenatória, faz o acusado jus à atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que a ela não tenha se reportado expressamente o Julgador de primeiro grau. Aplicação da Súmula 545/STJ.

2. É descabida a apreciação de matéria constitucional em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.606.166/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 13/09/2016).

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS DO CONCURSO DE AGENTES E DE USO DE ARMA DE FOGO.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUMENTO DA PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONCURSO FORMAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO - QUANTIDADE DE INFRAÇÕES.

[...]

2. *Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação, como no caso.*

3. No julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a Terceira Seção deste Tribunal firmou orientação de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência" (REsp n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantidos os demais termos da condenação, reduzir a pena imposta ao paciente" (HC n. 291.237/SP, Quinta turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015 - grifei).

Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula n. 545/STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal."

Uma vez reconhecida a atenuante, deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois a col. **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, firmou 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", nos termos do v. acórdão que restou assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. *É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.*

2. *Recurso especial provido"* (REsp n. 1.341.370/MT, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pedido de redução da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva para 1/6 (um sexto), parcial razão assiste ao impetrante.

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior pacificou-se no sentido de que a fração de aumento decorrente da continuidade delitiva deve ser fixada de acordo com o número de infrações praticadas, consoante se nota dos seguintes precedentes:

*"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMETIMENTO DE CRIME COM VIOLÊNCIA REAL. QUANTUM EXASPERAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES EM ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE CRIMES. REITERAÇÃO POR PERÍODO DE 6 MESES CONTRA DUAS VÍTIMAS VULNERÁVEIS. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 2/3. PROPORCIONALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

3. O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente.

4. No que tange à continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, além daqueles exigidos para aplicação do benefício penal da continuidade delitiva simples, são concomitantemente requisitos da modalidade específica que os crimes praticados: I) sejam dolosos; II) realizados contra vítimas diferentes; e III) cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

[...]

6. A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fazer incidir o benefício penal da continuidade delitiva simples, na fração de 2/3, e estabelecer a pena de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório" (HC n. 232.709/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 9/11/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR DE AUMENTO. NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSIÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

2. Na espécie, ficou incontroversa, pela moldura fática exposta, a prática de 141 delitos de peculato em continuidade delitiva, razão pela qual deve ser aplicado o aumento da pena no percentual máximo de 2/3, conforme a regra contida no art. 71, caput, do Código Penal.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 398.516/RN, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 1º/8/2016).

Logo, tendo sido praticadas 4 (quatro) infrações, deve a fração de aumento ser fixada em 1/4 (um quarto), mostrando-se excessivo o aumento de 1/2 (metade) procedido pelo Tribunal **a quo**.

No que tange ao regime inicial para o resgate da sanção, importante consignar





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o deferimento do regime **aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, quais sejam, **a ausência de reincidência**, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, por serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o paciente é reincidente, o que impede a fixação do regime inicial aberto.

Contudo, aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **semiaberto**, por serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais e em razão do **quantum** de aplicada, inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, nos termos da Súmula 269/STJ: "*É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*".

Nesse diapasão os seguintes julgados:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO E PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*- No caso, a exasperação da pena-base não deve se manter. Isso porque, não houve por parte do acusado conduta que extrapolasse as circunstâncias típicas do delito de furto, não merecendo reprovabilidade maior na sua sanção.*

*- Em relação ao regime, ainda que o paciente seja reincidente, teve a pena-base fixada no mínimo legal e foi condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão. Dessa forma, é cabível o regime semiaberto. Súmula 269/STJ.*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto" (HC n. 370.405/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/10/2016).*

*"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TENTATIVA DE ROUBO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS 269 E 440 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.*

*3. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".*

*4. O Tribunal de origem considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal. Ademais, revela-se desproporcional a fixação do regime fechado tão somente em razão da reincidência específica do agente.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando a reprimenda em meio mais gravoso" (HC n. 357.794/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 10/10/2016).*

Por fim, o paciente não faz **jus** à substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, uma vez que a reincidência em crime doloso (condenação anterior por roubo) impede a concessão da benesse, nos termos do art. 44, II, do Código Penal. Nesse sentido os seguintes julgados:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE FURTO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Apesar do quantum da pena ter ficado em patamar inferior a 4 anos, não há se falar em regime aberto e tampouco em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a reincidência específica da paciente.

3. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 362.331/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 4/10/2016).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. CIGARRO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. PRETENSÃO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. CRIME ANTERIOR DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NO REGIME SEMIABERTO. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há ilegalidade na presente hipótese, pois a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito se deu em razão da reincidência e de condenação anterior, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (roubo circunstanciado), cuja repressão se mostra mais severa.

2. *Agravo regimental improvido*" (AgInt no AREsp n. 901.974/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 30/6/2016).

Ante o exposto, **Habeas Corpus** não conhecido. Contudo, **ordem concedida, de ofício** e passo ao redimensionamento da pena: Fixada a pena-base em 1 (um) ano de reclusão, e compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, aumento a sanção, na terceira fase, em 1/4 (um quarto), em razão da continuidade delitiva (quatro infrações), **restando a pena definitivamente estabelecida em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, fixando-se o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda, em face da reincidência do paciente.**

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0206415-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 365.794 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00126201720118260048 126201720118260048 9992011

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : ANGELO DI BELLA NETO  
ADVOGADO : ANGELO DI BELLA NETO - SP232309  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : DENIS PEREIRA PADILHA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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