



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.184 - SP (2018/0290989-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CIRO MARTINS MOITA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA MULTIRREINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

3. Nos moldes da Súmula 545/STJ, no que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação. Em concreto, verifica-se que deve haver a incidência da atenuante da confissão espontânea, conquanto seja parcial e meramente voluntária.

4. O concurso entre circunstâncias 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. Nesse sentido, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido de que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. No caso, o Tribunal de origem constatou haver multirreincidência relativa a três condenações, a ser valorada na segunda fase da dosimetria. Por conseguinte, tratando-se de três fatos ensejadores de multirreincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com um deles, remanescendo, pois, exasperação de 1/3 na segunda fase de dosimetria da pena. Entrementes, dada a vedação da regra *non reformatio in pejus*, deve ser mantida a exasperação de 1/4, realizada pelas instâncias ordinárias, mantendo-se, pois, a pena final de 3 anos e 9 meses de reclusão.

7. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

8. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedido de ofício para fixar o regime inicial de cumprimento semiaberto ao paciente, salvo se estiver descontando pena em regime mais grave por outro motivo.

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.184 - SP (2018/0290989-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CIRO MARTINS MOITA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **CIRO MARTINS MOITA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 24 dias-multa, por infração ao art. 180, *caput*, e art. 304, combinado com o art. 297, na forma do art. 69, todos Código Penal.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação defensiva (e-STJ, fls. 59-77).

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, que "a atenuante da confissão espontânea deve ser considerada na aplicação da pena, nos termos do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, haja vista que em seu interrogatório o paciente admitiu ter praticado os delitos" (e-STJ, fl. 4). Sustenta que "no caso em pauta, deve incidir a Súmula nº 269 deste Superior Tribunal de Justiça, que expressamente prevê a possibilidade de concessão de regime inicial semiaberto a réus reincidentes – lembrando-se que no presente caso as circunstâncias judiciais são favoráveis" (e-STJ, fl. 7).

Postula, ao final, a concessão da ordem para que seja compensada a reincidência com a confissão espontânea e fixado regime menos gravoso.

Não há requerimento de tutela provisória de urgência (e-STJ, fl. 82).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para fixar o regime semiaberto (e-STJ, fls. 64-67).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.184 - SP (2018/0290989-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CIRO MARTINS MOITA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA MULTIRREINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

3. Nos moldes da Súmula 545/STJ, no que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação. Em concreto, verifica-se que deve haver a incidência da atenuante da confissão espontânea, conquanto seja parcial e meramente voluntária.

4. O concurso entre circunstâncias 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. Nesse sentido, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido de que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. 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.

6. No caso, o Tribunal de origem constatou haver multirreincidência relativa a três



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenações, a ser valorada na segunda fase da dosimetria. Por conseguinte, tratando-se de três fatos ensejadores de multirreincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com um deles, remanescendo, pois, exasperação de 1/3 na segunda fase de dosimetria da pena. Entrementes, dada a vedação da regra *non reformatio in pejus*, deve ser mantida a exasperação de 1/4, realizada pelas instâncias ordinárias, mantendo-se, pois, a pena final de 3 anos e 9 meses de reclusão.

7. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

8. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedido de ofício para fixar o regime inicial de cumprimento semiaberto ao paciente, salvo se estiver descontando pena em regime mais grave por outro motivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

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

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria, faz-se necessário expor excertos do acórdão:

“Além disso, a alegação defensiva de que houve exagero no índice de aumento em razão da reincidência é descabida, uma vez que a respectiva elevação foi devidamente justificada pelo MM. Juiz a quo.

Com efeito, verifica-se que o índice de majoração imposto se coaduna com a tripla reincidência ostentada pelo apelante, fato que não pode ser desprezado, demonstrando *Ciro* conduta voltada ao delito, bem como total desapego pelas normas e regras sociais.

[...]

Acertado, ainda, o regime inicial fechado para cumprimento da pena, conforme determina o artigo 33, do Estatuto Repressivo, em especial seu parágrafo 3º. Com efeito, o réu é reincidente, lembrando também que estava foragido.

Assim, é a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.” (e-STJ, fls. 76-77).

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

Nos moldes da Súmula 545/STJ, no que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação. Em concreto, verifica-se que deve haver a incidência da atenuante da confissão espontânea, conquanto seja parcial e meramente voluntária.

A fim de corroborar tal entendimento, transcrevo os seguintes precedentes:

"PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 1º, e § 2º, I DO CP). DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE ADMITIU A SUBTRAÇÃO, MAS NÃO A GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA. CONFISSÃO PARCIAL CONFIGURADA. CRIME COMPLEXO. SUBTRAÇÃO (FURTO) ASSOCIADA A OUTRA FIGURA TÍPICA (CONSTRANGIMENTO, AMEAÇA OU VIOLÊNCIA). COMPENSAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTEGRAL DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser devida a utilização de condenações anteriores transitadas em julgados para justificar o incremento da pena-base e caracterizar a reincidência, desde que não se incorra em bis in idem, de modo que, presente mais de uma anotação pretérita definitiva, não há ilegalidade no aumento da reprimenda inicial e intermediária.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial - em que o réu admite parte dos fatos a ele imputados - deve ser considerada para atenuar a pena, ou mesmo que tenha havido retratação, bastando que tenha servido para embasar a condenação. Precedentes.

3. Embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial.

4. No que toca à compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, tem-se que a Terceira Seção do STJ, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual a citada atenuante, na medida em que compreende a personalidade do agente, é igualmente preponderante à agravante da reincidência, devendo, assim, serem compensadas.

5. Entretanto, não é devida a compensação integral entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do agente for numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda do paciente a 8 anos e 4 meses de reclusão e 20 dias-multa.

(HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifou-se).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO PARA A CONDENAÇÃO. CONFISSÃO PARCIAL FEITA EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA NESTA CORTE EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). REsp 1.341.370/MT. PENA REDUZIDA.

1. Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel.

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Pela leitura do acórdão recorrido, constata-se que a confissão extrajudicial foi utilizada, expressamente, como elemento probatório para a condenação do recorrente S G DA S. Além disso, o fato de a confissão, em juízo, ter sido parcial, pois o referido recorrente assumiu a subtração, mas tentou promover a desclassificação para o delito de furto, não afasta a atenuante em questão, motivo pelo qual configurado está o constrangimento ilegal.

3. Com o reconhecimento da atenuante da confissão, de rigor sua compensação com a agravante da reincidência, nos termos do decidido 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.

4. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1557206/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 1/6/2016, grifou-se).

O concurso entre circunstâncias agravante e atenuante de idêntico valor redunda em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.

Outrossim, a Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

No caso, o Tribunal de origem constatou haver multirreincidência, relativa a três condenações, a ser valorada na segunda fase da dosimetria. Por conseguinte, tratando-se de três fatos ensejadores de multirreincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com um deles, remanescendo, pois, exasperação de 1/3 na segunda fase de dosimetria da pena. Entrementes, dada a vedação da regra *non reformatio in pejus*, deve ser mantida a exasperação de 1/4, realizada pelas instâncias ordinárias, mantendo-se, pois, a pena final de 3 anos e 9 meses de reclusão.

Com efeito, de acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Assim, as referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*. O regime semiaberto foi imposto sem "motivação idônea".

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL. [...] 3. Na espécie, a circunstância judicial relativa aos antecedentes foi valorada em desfavor do paciente sem fundamentação idônea. O magistrado sentenciante consignou que o paciente ostenta maus antecedentes, embora fosse tecnicamente primário, o que vai de encontro ao Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte. Precedentes. 4. O sentenciante também considerou desfavoráveis os motivos do crime, pois visava o réu amealhar bens materiais sem a necessária contrapartida laboral. Não descreveu o julgador, ainda que sucintamente, a maior reprovabilidade da natureza e da qualidade da causa que levou o paciente a praticar a infração penal descrita na peça acusatória, limitando-se a elencar, de modo genérico, circunstâncias que não exorbitam das comuns ao crime de roubo, enquanto delito de natureza patrimonial. Precedentes. 5. Também destacou o magistrado sentenciante que as circunstâncias seriam desfavoráveis ao paciente, pois as vítimas foram rendidas de surpresa por dois indivíduos armados. No particular, não descreveu as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime ou a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, parecendo-me, portanto, também nesse aspecto, injustificado o aumento operado na primeira etapa do cálculo da reprimenda. Precedentes. 6. Por derradeiro, igualmente insuficiente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que 'as consequências atingiram mais especificamente o patrimônio das vítimas o qual não foi recuperado', porquanto espelha decorrência comum dos crimes patrimoniais. Precedentes. 7. Consoante determinam os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal, o regime prisional será estabelecido com observância do *quantum* de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito. 8. No caso, considerando a análise desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, os juízos ordinários fixaram o regime inicial fechado. Entretanto, afastadas as mencionadas circunstâncias negativas e estabelecida a pena-base no mínimo legal, imperiosa a modificação do regime inicial para o semiaberto, nos moldes dos Enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do Enunciado da Súmula n. 440 desta Casa. Precedentes. 9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionando a pena do paciente, estabelecê-la em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais 13 (treze) dias-multa." (HC 373.905/AC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A sentença aplicou fração superior a 1/3 (um terço) para majorar a pena apenas em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que contraria o disposto na Súmula 443 desta Corte: 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.' 3. De acordo com a Súmula 440/STJ, 'fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito'; e com a Súmula 719/STF, 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'. 4. Os fundamentos genéricos utilizados no 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. 5. Tratando-se de réus primários,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cuja circunstância judicial foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea 'b', e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto. 6. *Habeas corpus* não conhecido. *Writ* concedido, de ofício, a fim de estabelecer as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 13 (treze) dias-multa, bem como fixar o regime prisional semiaberto para o desconto das sanções corporais, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo." (HC 371.242/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

Em verdade, os fundamentos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cuja circunstância judicial foram desfavoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial de cumprimento semiaberto ao paciente, salvo se estiver descontando pena em regime mais grave por outro motivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0290989-0

HC 477.184 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00092883320148260114 20160000283013 33202014 4202014 452014
92883320148260114

EM MESA

JULGADO: 02/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CIRO MARTINS MOITA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.