



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.102 - SP (2014/0335248-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GRACIANO BARROS DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREVALÊNCIA DA AGRAVANTE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *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 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. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "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 artigo 67 do Código Penal." REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013).

3. Contudo, no presente caso, não é possível a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão em razão da multirreincidência do paciente. Precedentes.

4. *Habeas corpus* 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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 03 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.102 - SP (2014/0335248-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GRACIANO BARROS DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de GRACIANO BARROS DA SILVA, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000559-50.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, *caput*, n/f do art. 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DE ROUBO TENTADO (CP, ART. 157,CAPUT, C.C. O ART. 14, II) - INSURGÊNCIA DA DEFESA SOB A ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DO QUADRO PROBATÓRIO, BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO, COM PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE REDUÇÃO DAS PENAS E DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO - DESCABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS BEM PROVADAS - PALAVRAS DA VÍTIMA QUE MERECEM PRIMAZIA, NO CASO, CORROBORADAS PELA ADMISSÃO EM JUÍZO, PELO RÉU, DA PRÁTICA DO ILÍCITO - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSAGEM DAS PENAS QUE NÃO MERECE REPAROS, INOCORRENDO 'BIS IN IDEM' OU EXACERBAÇÃO ILEGAL PRECEDENTES - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO E DENEGAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL QUE FICAM MANTIDAS - RECURSO IMPROVIDO.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente está sofrendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal, tendo em vista que não houve compensação integral entre a atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o redimensionamento da pena, compensando a confissão integralmente com a reincidência.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 46/48.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 56/66, pelo não conhecimento do writ.

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO REINCIDÊNCIA X CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. MULTIREINCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.

Inadmissível a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Necessidade de racionalização do emprego do mandamus constitucional. Precedentes STJ e STF. Não conhecimento.

- *Inexistência de constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício, considerando que o e. Tribunal a quo procedeu à compensação da confissão com a reincidência, parcialmente, ressaltando se tratar de condenado multirreincidente, inclusive com reincidência específica (três condenações: crime da lei de armas, homicídio qualificado tentado e ainda por outro roubo qualificado).*
- *Entendimento adotado pelas instâncias a quo em harmonia com a jurisprudência do STJ. Precedentes.*
- *Parecer pelo não conhecimento do writ.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.102 - SP (2014/0335248-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal, tendo em vista a não compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão.

No que toca à irresignação manifestada em relação à segunda fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena, importa considerar que 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". Abaixo, ementa do referido julgado:

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 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013).

Contudo, no presente caso, a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão não foi total. Veja-se o que foi consignado pelas instâncias ordinárias (fl. 17):

Na segunda fase de fixação de pena, deveria a reprimenda ser aumentada de dois anos e seis meses, em razão da tripla reincidência, uma delas específica (condenações por crime da lei de armas, por homicídio qualificado tentado e ainda por outro roubo qualificado, este forjando reincidência). Ocorre que a exasperação pela tripla reincidência, altamente preponderante, deve ser compensada de seis meses com a atenuante da confissão, restando dois anos do aumento nesta fase, com pena de sete anos e seis meses de reclusão e dezoito dias-multa.

Verifica-se que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, porquanto a multirreincidência impede a compensação integral dos dois institutos, tendo em vista que "a condição de multirreincidente exige maior reprovação do que a conduta perpetrada por acusado que carrega a condição de reincidente por um único evento isolado em sua vida" (AgRg no REsp 1356527/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, mostra-se correta a prevalência da agravante da reincidência em relação à atenuante da confissão, em razão da tripla reincidência do condenado. Nesse sentido, os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO SIMPLES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIÁVEL POR CONTA DA REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DE REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO. MULTIRREINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO PENA E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. A reiteração delitiva tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância.

3. Não há como acolher o pedido de compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, pois o julgador, no cotejo entre as duas circunstâncias, destacou a múltipla reincidência da paciente, justificada pelo princípio da individualização da pena e da proporcionalidade.

4. Ordem de habeas corpus não conhecida. (HC 317.468/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Observadas as peculiaridades do caso, "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 artigo 67 do Código Penal" (EREsp n. 1.154.752/RS, 3ª Seção, DJe 4/9/2012).

2. Entretanto, tal compensação deverá ser realizada à luz dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, devendo o julgador atentar-se para a natureza e o grau de reincidência do réu.

3. Não há como acolher o pedido de compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, pois o julgador, no cotejo entre as duas circunstâncias, destacou a múltipla reincidência do recorrente e as cinco condenações definitivas que ostenta, particularidade que justificou o agravamento proporcional da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em apenas dois meses.

4. *Recurso não provido.* (REsp 1360952/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL E EXATA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVADO MULTIRREINCIDENTE. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. REGIMENTAL PROVIDO.

1. *A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.154.752/RS, assentou a orientação no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.*

2. *A compensação da confissão espontânea e da reincidência, contudo, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.*

3. *No caso, é impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, pois, apesar da valoração da confissão do agravado na sentença, sua condição de multirreincidente exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um único e isolado evento em sua vida.*

4. *Equiparar o acusado reincidente ao multirreincidente, de forma simplista, seria violar o princípio constitucional da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, bem como o princípio da proporcionalidade que elege, dentre os seus muitos parâmetros, a necessidade de preponderância da agravante de multirreincidência sobre a atenuante da confissão, na busca da almejada pena justa.*

5. *Agravo regimental provido.* (AgRg no REsp 1356527/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013).

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0335248-6

HC 312.102 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005595020138260000 0501300055950 20140000572413 501300055950
5595020138260000 562013

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GRACIANO BARROS DA SILVA (PRESO)

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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.