



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.627 - SP (2015/0120479-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARDEN BITENCOURT VIANA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS, 9 MESES E 3 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 14 DIAS-MULTA. DEFESA ALEGA A OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* NO AUMENTO DA PENA PELA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DIVERSAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. MESMO QUE PARCIAL, DEVE SER APLICADA A ATENUANTE DO ART. 65, III, "D", DO CP. PRECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. RESPEITO À PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. MANUTENÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA REDUZIR AS PENAS DO 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. Da leitura da sentença e do acórdão recorridos, observa-se que, no caso, foram utilizados processos diferentes para a análise desfavorável dos antecedentes e da reincidência do paciente, que possui diversas condenações definitivas, o que, a teor da jurisprudência desta Corte Superior, não configura *bis in idem*.
3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, é incabível o afastamento da respectiva atenuante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. 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. Contudo, no caso, para fins de reincidência, a sentença referiu-se a duas condenações definitivas, de modo que, nessas situações, em respeito aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, há preponderância da agravante da reincidência em relação à atenuante da confissão espontânea. Em decorrência, embora reconhecida a atenuante da confissão, não é o caso de promover a sua compensação integral com a agravante da reincidência.

6. Não há óbice à fixação do regime fechado, por ser o acusado reincidente e detentor de circunstâncias judiciais desfavoráveis, com pena superior a quatro anos, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para reconhecer a incidência da atenuante de confissão espontânea e promover a consequente redução da pena do paciente.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.627 - SP (2015/0120479-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARDEN BITENCOURT VIANA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, nos autos da Apelação n. 0034437-29.2014.8.26.0050, manteve, na íntegra, a sentença que condenou MARDEN BITENCOURT VIANA, ora paciente, à pena de 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 14 (quatorze) dias-multa, por infração ao art. 157, *caput*, do Código Penal.

No presente *habeas corpus*, sustentando ofensa à Súmula n. 241/STJ, aduz que o mesmo fato, qual seja, a condenação com trânsito em julgado ostentada pelo paciente, foi considerado duas vezes na fixação da pena - a título de maus antecedentes e de reincidência -, caracterizando, portanto, *bis in idem*".

Prossegue dizendo que "a confissão parcial do delito de roubo deve ser reconhecida como atenuante e, assim, compensada com a reincidência" (e-STJ fl. 5).

Aduz, por fim, que "a fundamentação contida na r. sentença e no r. acórdão não se mostram adequadas para justificar a imposição do regime mais grave, sendo absolutamente inidônea" (e-STJ fl. 6).

Requer, liminarmente, o direito de o paciente cumprir sua pena em regime semiaberto e, no mérito, a readequação da pena e do regime impostos.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 34/36).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às e-STJ fls.46/76 e 79/92.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão parcial da ordem, apenas para promover a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.627 - SP (2015/0120479-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

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.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que negou provimento ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, a defesa alega que, no caso, houve ofensa à Súmula n. 241/STJ, visto que houve uma dupla valoração da vida pregressa do paciente, que foi valorada tanto a título de maus antecedentes, como de reincidência.

A Súmula n. 241/STJ dispõe que: "*A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial*".

Na sentença, ao fixar a pena do paciente, o Juízo *a quo* consignou que:

O acusado é possuidor de maus antecedentes (fls.88 e 92), motivo pelo qual fixo a pena-base acima do mínimo legal em 04 (quatro)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 12 dias-multa.

O acusado é duplamente reincidente (fls. 74 e 91).

Não há que falar em confissão espontânea, porquanto o réu admitiu apenas a subtração do celular, negando o emprego de violência contra a vítima.

Elevo de um sexto a pena, estabelecendo-a em 05 (cinco) anos, 09 (nove) meses e 03 (três) de reclusão e 14 dias-multa (e-STJ fl. 20).

O Tribunal de origem manteve a pena imposta na sentença, tendo o voto condutor do acórdão recorrido destacado que:

As penas foram devidamente justificadas e não comportam alteração.

A básica foi bem fixada acima do mínimo legal, em virtude dos péssimos antecedentes do réu, que registra personalidade deformada, inclusive com anteriores condenações pela prática de roubo (fls. 88 e 92).

Na segunda fase da dosimetria, a pena sofreu novo aumento, agora de 1/6 (um sexto), ante a comprovada multireincidência do apelante.

Para que não fique sem registro, observo que não há que se falar em bis in idem, pela consideração, em separado, dos maus antecedentes e da reincidência, nas duas primeiras fases do cálculo, desde que baseado em condenações anteriores distintas.

(...)

Cabe observar, ainda nesse capítulo, que não comporta acolhida a pretensão da defesa de ver reconhecida a atenuante da confissão espontânea, porquanto o sentenciado não confessou os fatos integralmente, uma vez que procurou minimizar sua conduta, negando o emprego de violência física, visando, assim a desclassificação para figura menos grave. Ademais, ainda que assim não fosse, não haveria que se falar em compensação da agravante da reincidência com a confissão espontânea, tendo em vista a preponderância daquela sobre a referida atenuante, uma vez que o art. 67 do Código Penal tem redação própria nesse sentido, servindo de orientação a ser seguida pelo aplicador da Lei (e-STJ fls. 29/30).

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, observa-se que, no caso, foram utilizados processos diferentes para a análise desfavorável dos antecedentes e da reincidência do paciente, que possui diversas condenações definitivas (folha de antecedentes acostada às e-STJ fls. 58/76), o que, a teor da jurisprudência desta Corte Superior, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configura *bis in idem*. A propósito, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. POSSE TRANQUILA DA RES. PRESCINDIBILIDADE. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. REGIME INICIAL FECHADO. SÚMULA 440 DO STJ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

(...)

4. Pacificado nesta Corte que não caracteriza *bis in idem* "quando são consideradas condenações distintas para aumentar a pena na primeira fase, em razão dos maus antecedentes e na segunda fase, pela reincidência" (HC 266.712/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 26/06/2015).

5. Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou a compreensão de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito (Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF).

6. No caso, embora o Tribunal a quo tenha fixado o regime prisional mais severo baseado na gravidade abstrata do delito, a reincidência delitiva do paciente, cuja reprimenda foi fixada acima do patamar mínimo, justifica a imposição do regime fechado, nos termos do art. 33 do Código Penal e da jurisprudência deste Tribunal. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 314.642/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 01/09/2015) - (grifei).

Por outro lado, em relação à atenuante da confissão, cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, é incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM REINCIDÊNCIA.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, 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.

2. É devida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

Dessa forma, mesmo que parcial, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

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.

Contudo, no caso, para fins de reincidência, a sentença referiu-se a duas condenações definitivas (e-STJ fl. 20), de modo que, nessas situações, em respeito aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, há preponderância da agravante da reincidência com relação à atenuante da confissão espontânea.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIREINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O disposto no art. 617 do Código de Processo Penal não foi objeto de debate pelo acórdão atacado, aplicando-se, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Eg. Corte, à oportunidade do julgamento do EREsp n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.154.752/RS, a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência.

3. Tratando-se de réu multireincidente, promover a compensação entre a confissão e a reincidência, implicaria em ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

4. A multireincidência exige maior reprovação do que aquela conduta perpetrada por quem ostenta a condição de reincidente por força, apenas, de um único evento isolado em sua vida, devendo, pois, prevalecer sobre a confissão.

5. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1424247/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015).

Em decorrência, embora reconhecida a atenuante da confissão, não é o caso de promover a sua compensação com a agravante da reincidência.

Assim, mantida pena-base de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 12 dias-multa. Na segunda fase, aumento a pena na fração de 1/6, acréscimo que se apresenta proporcional e está devidamente fundamentado na multireincidência do paciente, restando a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 14 dias-multa.

Quanto ao regime, o sentenciante estabeleceu o fechado, ante a reincidência e os maus antecedentes do acusado (e-STJ fl. 20), tendo o Tribunal de origem mantido o regime mais gravoso com base na mesma fundamentação (e-STJ fls. 30/31).

Com efeito, nos termos da Súmula n. 269/STJ, *"é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"*.

No caso, referido entendimento não se aplica, pois a situação é diversa, primeiro pelo patamar da pena acima de 4 anos, segundo, porque o acusado, além de reincidente, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269 DO STJ. INAPLICABILIDADE.

(...)

6. Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais." (Súmula 269 do STJ).

7. In casu, não se aplica o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto o acusado, além de reincidente, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, embora a pena seja inferior a 4 (quatro) anos, não há óbice à fixação do regime fechado.

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 218.381/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015) - (grifei).

Dessa forma, não há óbice à fixação do regime fechado, por ser o acusado reincidente e detentor de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. Nessa linha:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. LEGALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

6. O Juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, a reincidência e os maus antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria. (HC 266.583/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015) - (grifei).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, apenas para reconhecer a atenuante da confissão, reduzindo a pena final do paciente para 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 14 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0120479-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 324.627 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00344372920148260050 344372920148260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARDEN BITENCOURT VIANA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.