



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.067 - RJ (2015/0158699-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAFAEL SANTANA SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. FURTO. DOSIMETRIA DA PENA. (I) - PERSONALIDADE E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. (II) - FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não há falar em *bis in idem*, diante da consideração negativa da personalidade, bem como pela aplicação da agravante da reincidência, se existe mais de uma condenação com trânsito em julgado.
3. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Ademais, na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento de pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.
4. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser integralmente compensada com a agravante da reincidência.
5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 ano e 4 meses de reclusão e 8 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 27 de outubro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.067 - RJ (2015/0158699-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RAFAEL SANTANA SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL SANTANA SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Juízo da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação nº 0001701-92.2014.8.19.0036).

Segundo se colhe dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 9 (nove) dias-multa, pela prática descrita no artigo 155, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, podendo se extrair da sentença, o seguinte (fls. 80/81):

"(...) DA DOSIMETRIA DA PENA. Em atenção às diretrizes do artigo 68 do Código Penal, concluo que as circunstâncias não são favoráveis ao acusado. Note-se que o acusado já foi condenado por três vezes no Estado de Minas Gerais, o que revela a reiteração criminosa em delitos patrimoniais. Acrescento, por relevante, que há inúmeros registros de prisão em flagrante por crimes de furto. Vide, por oportuno, o documento de fls. 160/174. É inarredável a conclusão de que o acusado não possuía ocupação lícita, numa inequívoca demonstração de que sua **personalidade** espelha uma menor sensibilidade aos valores ético-sociais e um efetivo desvio de caráter. Verifica-se que tais crimes não se constituem em um mero e acidental episódio em sua vida. Portanto, fixo a pena-base em 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO E 12 (DOZE) DIAS-MULTA. Reconheço a circunstância atenuante genérica da confissão, ante o teor do interrogatório do acusado, bem como a agravante da reincidência, eis que o acusado praticou o presente crime quando já havia sido anteriormente condenado, com sentença transitada em julgado em dezembro de 2006, consoante se infere do documento de fls. 160/174. Entretanto, diante do teor do artigo 67 do Código Penal, a reincidência é circunstância preponderante, prevalecendo sobre a atenuante da confissão, não se admitindo a compensação total, razão pela qual majoro em 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 04 (QUATRO) DIAS-MULTA a pena base anteriormente fixada pelo reconhecimento da agravante da reincidência e reduzo o resultado desta em 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 02 (DOIS) DIAS-MULTA em face da atenuante da confissão, perfazendo a pena de 02 (DOIS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 14 (QUATORZE) DIAS-MULTA. Por ter sido reconhecida a forma tentada, observado o *iter criminis* percorrido, tendo ficado muito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próximo da consumação, eis que o réu foi detido pela lesada quando já saía da residência desta na posse da *res*, conforme constou do depoimento da vítima em Juízo, reduzo a reprimenda em 1/3 (um terço), resultando nas penas de 01 (UM) ANO, 06 (SEIS) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO. ALÉM DE 9 (NOVE) DIAS-MULTA, que torno definitivas, em razão da inexistência de outras moduladoras. De acordo com o artigo 49 §§ 1º e 2º do Código Penal, o valor do dia-multa é estabelecido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal, vigente ao tempo do crime e atualizado por ocasião de sua execução. O acusado não faz jus à substituição da pena prevista no artigo 44 do Código Penal, haja vista o reconhecimento da reincidência, o que faz incidir, a *contrario sensu*, a norma prevista no inciso II do mencionado dispositivo legal. Fixo o regime inicial SEMIABERTO para o cumprimento de pena, ante o que preconiza o artigo 33, § 2º, 'c', c/c §3º do Código Penal, pois o mais adequado".

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, sob os seguintes fundamentos no que interessa:

"(...)

No mesmo sentido não merece reparo a sentença quando o Magistrado de piso agiu, corretamente, ao reconhecer os maus antecedentes do Acusado, ora Apelante, em razão das anotações presentes na FAC, às fls. 00178/00193 do processo eletrônico, bem como de sua reincidência retratada nas anotações também indicadas em sua FAC.

Efetivamente, não há falar em *bis in idem*, como a defesa técnica tenta fazer crer, na fixação da pena, porquanto conforme consignado pelo Juízo de Piso, o ora Apelante tem registrada mais de uma condenação transitada em julgado.

Dessa forma, na hipótese de o réu ostentar, como ostenta, repise-se, mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, o que ocorreu na espécie, o que aliás está consonante com o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

(...)

Ademais, paralelamente, reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Acusado, ora Apelante, entendo suficiente e adequado o regime semiaberto, nos termos do Enunciado da Súmula nº 269 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Assim, pode a pena-base ser afastada do mínimo legal, tendo observado o i. Magistrado, por conseguinte, também as regras da proporcionalidade e da razoabilidade.

A tentativa de subtração dos objetos valor foi reconhecida judiciosamente pelo Juízo *a quo*. Desse modo, impossível o afastamento de tal modalidade, eis que agiu o acusado de forma a subtrair uma máquina fotográfica, que só quis devolvê-la após a chegada da Polícia, além de omitir quanto ao anel, o qual somente foi encontrado após revista pessoal do policial militar, na Delegacia, momentos depois.

No mesmo sentido, não deve ser acolhida a tese defensiva em relação à aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços), vez que o mesmo como também restou plenamente demonstrado durante todo o processo se aproximou da consumação do delito, o qual só foi interrompido pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

latidos do cachorro da vítima, o que chamou a atenção dela.

Quanto ao pleito de regime semiaberto, entendo que resta prejudicada sua análise, uma vez que este foi o regime fixado em primeiro grau.

Por tais motivos, CONHEÇO DO RECURSO E, NO MÉRITO, NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença tal como prolatada pelo Juízo de Piso" (fls. 33/36).

Nesta via, sustenta que a pena-base deve ser reduzida, porquanto "o aumento decorrente da personalidade fere principalmente a exigência de motivação das decisões judiciais, assim como o princípio da proporcionalidade que a dosimetria da pena deve observar como critério balizador, compreendido como o interesse da sociedade na imposição da medida penal exata para a reprovação e prevenção do crime, seus fins primordiais; e do réu, em não sofrer uma sanção excessiva para o prejuízo causado por seu ato ilícito".

Ademais, aduz que "haveria de exigir-se do julgador não só conhecimentos técnicos de Psicologia e Psiquiatria, mas um contato pessoal prolongado com o acusado, o que, muitas vezes, não ocorre. Assim, diante da complexidade da tarefa e reconhecida sua carência de condições, é razoável abster-se de avaliá-la, sob pena de se exacerbar a pena de forma equivocada e, conseqüentemente, injusta, a exemplo da hipótese destes autos. Ademais o mesmo fundamento - anotações penais transitadas em julgado - serviu, a um mesmo tempo, para forjar a circunstância judicial dos maus antecedentes e da personalidade, sem discriminar qual fundamentaria uma e outra".

Sustenta, ainda, que a atenuante da confissão espontânea deve ser integralmente compensada com a agravante da reincidência, conforme preceitua a jurisprudência desta Corte.

Requer seja a pena-base reduzida, em razão da inidoneidade dos fundamentos utilizados para negativar a personalidade do réu e da desproporcionalidade do aumento empregado, além da compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Não houve pedido liminar.

Foram prestadas informações às fls. 43/54.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Eliane Menezes de Farias, manifestou-se "pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas caso seja conhecido, opina pela denegação da ordem" (fls. 58/62).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.067 - RJ (2015/0158699-2)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. FURTO. DOSIMETRIA DA PENA. (I) - PERSONALIDADE E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. (II) - FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não há falar em *bis in idem*, diante da consideração negativa da personalidade, bem como pela aplicação da agravante da reincidência, se existe mais de uma condenação com trânsito em julgado.
3. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Ademais, na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento de pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.
4. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser integralmente compensada com a agravante da reincidência.
5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 ano e 4 meses de reclusão e 8 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Insurge-se a presente impetração contra a exasperação da pena-base, bem como contra a compensação parcial da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Para melhor análise da questão trazida a debate, confira-se o teor da sentença, no que interessa (fls. 80/81):

"(...) DA DOSIMETRIA DA PENA. Em atenção às diretrizes do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

68 do Código Penal, concluo que as circunstâncias não são favoráveis ao acusado. Note-se que o acusado já foi condenado por três vezes no Estado de Minas Gerais, o que revela a reiteração criminosa em delitos patrimoniais. Acrescento, por relevante, que há inúmeros registros de prisão em flagrante por crimes de furto. *Vide*, por oportuno, o documento de fls. 160/174. É inarredável a conclusão de que o acusado não possuía ocupação lícita, numa inequívoca demonstração de que sua **personalidade** espelha uma menor sensibilidade aos valores ético-sociais e um efetivo desvio de caráter. Verifica-se que tais crimes não se constituem em um mero e acidental episódio em sua vida. Portanto, fixo a pena-base em 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO E 12 (DOZE) DIAS-MULTA. Reconheço a circunstância atenuante genérica da confissão, ante o teor do interrogatório do acusado, bem como a agravante da reincidência, eis que o acusado praticou o presente crime quando já havia sido anteriormente condenado, com sentença transitada em julgado em dezembro de 2006, consoante se infere do documento de fls. 160/174. Entretanto, diante do teor do artigo 67 do Código Penal, a reincidência é circunstância preponderante, prevalecendo sobre a atenuante da confissão, não se admitindo a compensação total, razão pela qual majoro em 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 04 (QUATRO) DIAS-MULTA a pena base anteriormente fixada pelo reconhecimento da agravante da reincidência e reduzo o resultado desta em 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 02 (DOIS) DIAS-MULTA em face da atenuante da confissão, perfazendo a pena de 02 (DOIS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 14 (QUATORZE) DIAS-MULTA. Por ter sido reconhecida a forma tentada, observado o *iter criminis* percorrido, tendo ficado muito próximo da consumação, eis que o réu foi detido pela lesada quando já saía da residência desta na posse da *res*, conforme constou do depoimento da vítima em Juízo, reduzo a reprimenda em 1/3 (um terço), resultando nas penas de 01 (UM) ANO, 06 (SEIS) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO. ALÉM DE 9 (NOVE) DIAS-MULTA, que torno definitivas, em razão da inexistência de outras moduladoras. De acordo com o artigo 49 §§ 1º e 2º do Código Penal, o valor do dia-multa é estabelecido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal, vigente ao tempo do crime e atualizado por ocasião de sua execução. O acusado não faz jus à substituição da pena prevista no artigo 44 do Código Penal, haja vista o reconhecimento da reincidência, o que faz incidir, a *contrario sensu*, a norma prevista no inciso II do mencionado dispositivo legal. Fixo o regime inicial SEMIABERTO para o cumprimento de pena, ante o que preconiza o artigo 33, § 2º, 'c', c/c §3º do Código Penal, pois o mais adequado".

O Tribunal *a quo*, negando provimento à apelação do paciente, assim se manifestou quanto ao ponto (fls. 33/36):

"(...)

No mesmo sentido não merece reparo a sentença quando o Magistrado de piso agiu, corretamente, ao reconhecer os maus antecedentes do Acusado, ora Apelante, em razão das anotações presentes na FAC, às fls. 00178/00193 do processo eletrônico, bem como de sua reincidência retratada nas anotações também indicadas em sua FAC.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Efetivamente, não há falar em *bis in idem*, como a defesa técnica tenta fazer crer, na fixação da pena, porquanto conforme consignado pelo Juízo de Piso, o ora Apelante tem registrada mais de uma condenação transitada em julgado.

Dessa forma, na hipótese de o réu ostentar, como ostenta, repise-se, mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, o que ocorreu na espécie, o que aliás está consonante com o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

(...)

Ademais, paralelamente, reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Acusado, ora Apelante, entendo suficiente e adequado o regime semiaberto, nos termos do Enunciado da Súmula nº 269 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Assim, pode a pena-base ser afastada do mínimo legal, tendo observado o i. Magistrado, por conseguinte, também as regras da proporcionalidade e da razoabilidade.

A tentativa de subtração dos objetos valor foi reconhecida judiciosamente pelo Juízo *a quo*. Desse modo, impossível o afastamento de tal modalidade, eis que agiu o acusado de forma a subtrair uma máquina fotográfica, que só quis devolvê-la após a chegada da Polícia, além de omitir quanto ao anel, o qual somente foi encontrado após revista pessoal do policial militar, na Delegacia, momentos depois.

No mesmo sentido, não deve ser acolhida a tese defensiva em relação à aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços), vez que o mesmo como também restou plenamente demonstrado durante todo o processo se aproximou da consumação do delito, o qual só foi interrompido pelos latidos do cachorro da vítima, o que chamou a atenção dela.

Quanto ao pleito de regime semiaberto, entendo que resta prejudicada sua análise, uma vez que este foi o regime fixado em primeiro grau.

Por tais motivos, CONHEÇO DO RECURSO E, NO MÉRITO, NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença tal como prolatada pelo Juízo de Piso".

A princípio, mister esclarecer que o paciente possui mais de uma condenação com trânsito em julgado, conforme esclarecido pelo Tribunal de origem (fl. 34).

Nesse passo, verifica-se que a pena-base foi elevada por força da valoração negativa da personalidade, fazendo-se referência a três condenações. Na segunda fase, incidiu a agravante da reincidência em decorrência de outra condenação diversa das mencionadas. A leitura do aresto deixa certo que foram consideradas condenações distintas. Não há falar, assim, em *bis in idem*. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. GARANTIA DA AMPLA DEFESA DEVIDAMENTE ASSEGURADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ELEMENTO INTEGRANTE DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRÓPRIA ESTRUTURA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DIVERSAS. CONCURSO DE AGENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ANÁLISE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO SISTEMA TRIFÁSICO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. FRAÇÃO DAS MAJORANTES. AUMENTO FIXADO EM 1/3. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

8. Ostentando o acusado mais de uma condenação anterior definitiva, é possível a utilização de parte delas na primeira etapa da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e de outra na segunda fase, para fazer incidir a agravante genérica da reincidência, sem que isso implique a ocorrência de *bis in idem*.

9. O concurso de agentes, por se tratar de causa especial de aumento do crime de roubo, deve ser sopesado apenas e tão somente na terceira fase da dosimetria, e não para a elevação da reprimenda-base, sob pena de ofensa ao sistema trifásico de aplicação da pena.

10. Apesar de o crime de roubo ser de natureza patrimonial, a gravidade exacerbada da lesão justifica a valoração negativa das consequências do delito.

11. Não há interesse de agir no tocante à pretendida fixação da fração mínima de aumento de pena em relação às majorantes do crime de roubo, tendo em vista que o Juiz sentenciante já estabeleceu a exasperação de 1/3, menor aumento legalmente previsto.

12. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 7 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 35 dias-multa".

(HC 161.653/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 26/04/2013)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ARTS. 214 E 330 DO CÓDIGO PENAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal.

2. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese, em que o Paciente possui várias condenações transitadas em julgado anteriores a 2002, as quais foram utilizadas no reconhecimento dos maus antecedentes, e uma condenação transitada em julgado em 20/01/2004, utilizada para caracterizar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada".

(HC 180.658/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

Nessa toada, não é demais lembrar o entendimento desta Corte, no tocante à dosimetria, no sentido de que, em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Nesse sentido:

"Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça".

(HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Ademais, na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.

Nessa linha de raciocínio, seguem os julgados dessa Corte:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO E DESVIO DE VERBA PÚBLICA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. PREFEITO. DECRETO-LEI N. 201/67. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. *BIS IN IDEM*. REPARAÇÃO CIVIL. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Ainda que presentes apenas uma ou duas circunstâncias judiciais negativas, sua especial gravidade em concreto pode justificar um aumento mais rigoroso da pena-base. De toda forma, não há falar em desproporcionalidade em razão da majoração da pena-base, pela presença de duas circunstâncias judiciais negativas, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses acima da pena mínima legal, em delito cujas penas variam de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão.

(...)"

(AgRg no REsp 1422038/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 27/02/2015).

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 3. TRÁFICO DE DROGAS. 4. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. INADEQUAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 6. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. OCORRÊNCIA. 7. CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. PROPORCIONALIDADE DA FRAÇÃO ADOTADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 8. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

2. A pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo legal (1 ano) de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a quantidade e a natureza da droga apreendida - qual seja, 1.118 kg (um quilo e cento e dezoito gramas) de cocaína -, fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado, inexistindo, no ponto, flagrante constrangimento ilegal a ser sanado.

(...)

6. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 205.664/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:

"DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. **Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal.** Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido".

(RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

Por fim, constata-se que a questão referente à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência não foi analisada pelo Tribunal *a quo* no aresto combatido, o que, em princípio, impediria o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Todavia, constatada flagrante ilegalidade é possível a concessão da ordem de ofício.

Quanto ao ponto, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea - que envolve a personalidade do agente - são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. ERESP 1.154.752/RS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie, ressalvada a possibilidade da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

- A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento EREsp nº 1.154.752/RS, sedimentou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência. Em respeito à posição consolidada nesta Corte Superior, que tem entre suas principais funções o dever de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, deve ser concedida a ordem, de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao paciente para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão".

(HC 236.827/MS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 18/11/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. CONCURSO. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. TEMA CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIACÃO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do REsp nº 1.341.370/MT, aos 10/04/2013, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil), uniformizou o entendimento de que 'é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência', ratificando a orientação firmada no julgamento dos EREsp nº 1.154.752/RS no sentido de que a aludida atenuante, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante mencionada.

2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar na via especial suposta violação à matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não provido".

(AgRg no REsp 1391264/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014)

Passo, pois, à nova dosimetria.

Na primeira fase, mantém-se a pena-base em 2 anos de reclusão e 12 dias-multa. Na segunda etapa da dosimetria, a pena deve ser conservada no mesmo patamar imposto na fase anterior, em razão da necessidade de se compensar integralmente a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Na terceira fase, reduz-se a pena em 1/3 pela tentativa, ficando esta definitivamente estabelecida em **1 ano e 4 meses de reclusão e 8 dias-multa**, ante a ausência de causas de aumento de pena.

Ante o exposto, **não conheço do writ. Concedo, entretanto, a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 ano e 4 meses de reclusão e 8 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0158699-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 329.067 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00017019220148190036 17019220148190036

EM MESA

JULGADO: 27/10/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RAFAEL SANTANA SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.