



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.394 - SP (2016/0229287-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEVERSON JULIANO PEREIRA

EMENTA

PENAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA EM RAZÃO DE PROCESSO-CRIME EM CURSO. ÓBICE DA SÚMULA/STJ 444. CONFISSÃO PARCIAL QUE SERVIU DE FUNDAMENTO PARA O JUÍZO CONDENATÓRIO. NECESSIDADE DE RECONHECIDO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE DE SUA COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 443. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.

5. Está consolidado o entendimento no âmbito deste Tribunal no sentido de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não servem de base para valorar negativamente os antecedentes, a conduta social ou a personalidade do acusado (Súmula 444/STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Dada a existência de duas condenações transitadas em julgado remanescentes, não utilizadas para majorar a pena na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade da valoração negativa do vetor antecedentes, devendo, porém, ser decotado o *quantum* de aumento referente ao processo-crime em andamento, conforme a dicção da Súmula/STJ 444.
7. A atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.
8. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". Tratando-se de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado não atingida pelo período depurador de cinco anos, inexistente óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.
9. O acórdão 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."
10. Considerando o intervalo de pena mínima e máxima previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a seis anos, revela-se desproporcional a pena imposta ao réu. Por certo, embora tenha a jurisprudência adotado o critério ideal de 1/8 para cada circunstância judicial negativamente valorada, o que, *in casu*, corresponde a nove meses de reclusão, por serem duas as condenações a serem sopesadas, admite-se o aumento de 18 (dezoito) meses, totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Na segunda etapa do critério trifásico, a pena deve permanecer inalterada, em virtude da compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Na terceira fase da individualização da pena, esta deve ser exasperada em 1/3, por não ter sido declinada motivação idônea para aumento superior, resultando em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, sem alteração da pena de multa, em respeito ao princípio da *ne reformatio in pejus*.
11. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido de ofício, para estabelecer a pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016(data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.394 - SP (2016/0229287-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEVERSON JULIANO PEREIRA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **CLEVERSON JULIANO PEREIRA** contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2, I, II e IV, por duas vezes, na forma do art. 70, todo do Código Penal (e-STJ, fls. 34-41).

Interposta apelação pelo réu, o Colegiado de origem deu-lhe parcial provimento para afastar a causa de aumento prevista no inciso IV do § 2º do artigo 157 do Estatuto Repressor e o concurso formal, reduzindo as penas para 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa (e-STJ, fls. 34-41).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "na primeira fase do cálculo da pena, a sanção básica foi elevada em 1/2 (metade), sendo fixada em 06 (seis) anos de reclusão"; b) "Cleverson, na data de prolação da r. sentença condenatória de 1º grau – 07.03.2013 –, possuía em seu desfavor três decisões condenatórias com trânsito em julgado (conforme certidões de fls. 247, 258 e 241). Além disso, possuía um processo em andamento, sem ter sequer decisão condenatória em primeiro grau prolatada"; c) "ocorre que estas duas primeiras condenações são muito antigas, datam, respectivamente de 2001 e 2002. Não se mostra razoável aumentar a pena de Cleverson em virtude de fatos ocorridos há mais de uma década"; d) "em relação ao processo em andamento considerado como mau antecedente – certidão de fls. 238 –, sabe-se que antes do trânsito em julgado de qualquer processo a inocência do acusado é presumida"; e) "um processo em andamento jamais pode ser utilizado em prejuízo do indivíduo, seja para majorar sua pena, seja para afastar algum benefício. A ratio da Súmula 444, deste Superior Tribunal de Justiça, é justamente nesse sentido"; f) "ainda que se entenda que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há como deixar de reconhecer que houve injustificado rigor na sua valoração – relembre-se, a pena-base foi aumentada pela metade"; g) "conforme se verifica da sentença de primeiro grau, o paciente confirmou os fatos narrados na denúncia, mas sequer teve a atenuante reconhecida pelos Juízos ordinários"; h) o Magistrado processante "não compensou a atenuante com a agravante da reincidência, e majorou a pena-base na 1ª fase da dosimetria em 1/6 (um sexto)"; i) "a Terceira Seção do STJ pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias"; j) "Cleverson foi condenado pela prática do crime de roubo com duas causas de aumento de pena, quais sejam, o concurso de agentes e o emprego de arma. Diante disto, na terceira fase da dosimetria, sua pena foi aumentada em 3/8 (três oitavos). Ocorre que esta exagerada elevação da pena se deu única e exclusivamente em razão da existência de duas majorantes" (e-STJ, fls. 1-16).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de: I) reduzir a pena base ao piso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal; II) reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência; III) e aplicar o aumento referente às causas de aumento no patamar de 1/3.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 86-88).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.394 - SP (2016/0229287-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEVERSON JULIANO PEREIRA

EMENTA

PENAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA EM RAZÃO DE PROCESSO-CRIME EM CURSO. ÓBICE DA SÚMULA/STJ 444. CONFISSÃO PARCIAL QUE SERVIU DE FUNDAMENTO PARA O JUÍZO CONDENATÓRIO. NECESSIDADE DE RECONHECIDO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE DE SUA COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 443. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.

5. Está consolidado o entendimento no âmbito deste Tribunal no sentido de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não servem de base para valorar negativamente os antecedentes, a conduta social ou a personalidade do acusado (Súmula 444/STJ).

6. Dada a existência de duas condenações transitadas em julgado remanescentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não utilizadas para majorar a pena na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade da valoração negativa do vetor antecedentes, devendo, porém, ser decotado o *quantum* de aumento referente ao processo-crime em andamento, conforme a dicção da Súmula/STJ 444.

7. A atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

8. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". Tratando-se de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado não atingida pelo período depurador de cinco anos, inexistente óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

9. O acórdão 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."

10. Considerando o intervalo de pena mínima e máxima previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a seis anos, revela-se desproporcional a pena imposta ao réu. Por certo, embora tenha a jurisprudência adotado o critério ideal de 1/8 para cada circunstância judicial negativamente valorada, o que, *in casu*, corresponde a nove meses de reclusão, por serem duas as condenações a serem sopesadas, admite-se o aumento de 18 (dezoito) meses, totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Na segunda etapa do critério trifásico, a pena deve permanecer inalterada, em virtude da compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Na terceira fase da individualização da pena, esta deve ser exasperada em 1/3, por não ter sido declinada motivação idônea para aumento superior, resultando em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, sem alteração da pena de multa, em respeito ao princípio da *ne reformatio in pejus*.

11. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido de ofício, para estabelecer a pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

VOTO

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.

Como cediço, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

A fim de permitir a análise da dosimetria da pena, transcrevo excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

“Consideradas as diretrizes do art. 59, “caput”, do Código Penal, fixo a pena-base dos acusados em questão em 06 (seis) anos de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo unitário, já que os réus possuem vasta gama de antecedentes criminais, com personalidade absolutamente voltada para prática criminosa, conforme as folhas de antecedentes encartadas aos autos (fl. 211/236) e certidões de (fls. 238, 247, 258).

A atenuante da confissão espontânea não tem aplicação quando o acusado não colabora com o judiciário, não sendo sincero em sua confissão parcial. [...]

Por serem reincidentes, a pena deve ser aumentada, ainda, em 1/6, somando 07 (sete) anos de reclusão, além de 17 (dezessete) dias-multa" (e-STJ, fls. 30-31).

A base, foi fixada corretamente acima do mínimo legal, diante dos maus antecedentes traduzidos a (fls. 211/222) e reincidência (fls. 247 e 254). No entanto, diante da presença de duas qualificadoras, o acréscimo será de 3/8, consoante critério dessa Câmara, totalizando nove anos, sete meses e quinze dias de reclusão e pagamento de quinze dias-multa, piso mínimo" (e-STJ, fl. 41).

Por certo, nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreram há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base.

2. Incidência do óbice do Enunciado n. 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permissivo constitucional.

3. Agravo a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 787.889/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016, grifou-se.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NÃO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. **O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.**

3. O patamar da reprimenda imposta (5 anos) não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a concessão da substituição da pena e, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, a fixação do regime aberto.

4. *Habeas Corpus* não conhecido."

(HC 246.122/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016, grifou-se.)

Ainda, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO 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. A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.

4. 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.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação." (HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.
3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de *habeas corpus*.
4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.
5. **A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.**
6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.
7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado." (HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se.)

Todavia, a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não servem de base para valorar negativamente os antecedentes, a conduta social ou a personalidade do acusado (Súmula 444/STJ).

Nesse passo, dada a existência de duas condenações transitadas em julgado remanescentes, não utilizadas para majorar a pena na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade da valoração negativa do vetor antecedentes, devendo, porém, ser decotado o *quantum* de aumento referente ao processo-crime em andamento, conforme a dicção da Súmula/STJ 444.

Ademais, a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]

III - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

IV - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. (Precedentes STF e STJ).

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

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, devendo o processo retornar ao eg. Tribunal de origem para nova dosimetria da pena" (HC 331.946/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 01/12/2015, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRÁTICA DELITIVA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

2. Assim, tendo o paciente confessado o crime, merece ser concedida a ordem para reconhecer a incidência da referida atenuante.

[...]

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 272.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015, grifou-se).

In casu, verifica-se que o paciente confessou, ainda que parcialmente, a autoria da prática delitiva, sendo que, nos termos da sentença, tais manifestações serviram de fundamento para o juízo condenatório, o que denota a necessidade de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Ademais, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

Na hipótese das autos, tratando-se de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado não atingida pelo período depurador de cinco anos, inexistente óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] 1. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

2. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica. Precedente." (AgRg no REsp 1.518.232/RO, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015.)

"[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça 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.' (AREsp n. 1.154.752/RS, DJe 4/9/2012).

2. No caso, o agravante ostenta apenas uma condenação definitiva anterior, não havendo, assim, impedimentos à compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência." (AgRg no AREsp 710.851/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2015.)

No que tange à terceira fase da dosimetria, infere-se, igualmente, manifesta ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Com efeito, o acórdão aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito.

Incide, portanto, à espécie 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."

A propósito:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. ROUBO PRATICADO CONTRA VÍTIMAS DIVERSAS EM UM MESMO CONTEXTO. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. ADEQUAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes' (Súmula 443/STJ). Hipótese em que a pena foi aumentada em fração superior a 1/3 com base, apenas, no número de majorantes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."

(HC 265.544/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe 14/9/2015.)

Nesse contexto, deve ser reconhecida a incidência da fração de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria.

Passo à nova dosimetria da pena.

No que se refere à primeira fase do critério dosimétrico, verifica-se que a pena base foi estabelecida em seis anos de reclusão. Ora, considerando o intervalo de pena mínima e máxima previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a seis anos, revela-se desproporcional a pena imposta ao réu. Por certo, embora tenha a jurisprudência adotado o critério ideal de 1/8 para cada circunstância judicial negativamente valorada, o que, *in casu*, corresponde a 9 (nove) meses de reclusão, por serem duas as condenações a serem sopesadas, admite-se o aumento de 18 (dezoito) meses, totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda etapa do critério trifásico, conforme o acima exposto, a pena deve permanecer inalterada, em virtude da compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Por derradeiro, na terceira fase da individualização da pena, esta deve ser exasperada em 1/3, por não ter sido declinada motivação idônea para aumento superior, resultando em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, sem alteração da pena de multa, em respeito ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, para estabelecer a pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0229287-2

HC 369.394 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00258533420128260602 00604680820158260000 11332012 20140000278327
258533420128260602 604680820158260000

EM MESA

JULGADO: 08/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLEVERSON JULIANO PEREIRA
CORRÉU	: MAYCON RODRIGO DE ARRUDA
CORRÉU	: DIVO ROSARIO DA SILVA
CORRÉU	: CICERO FERNANDO DA SILVA
CORRÉU	: JOSE RINALDO DOS SANTOS SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.