



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.954 - SP (2016/0309647-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO DE LUNA CURY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE RICARDO SUAREZ GOMES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DOSIMETRIA. PENA BASE. EXASPERAÇÃO EXCESSIVA COM BASE NOS MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 próprio. 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. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2016). Tese confirmada pelo Pleno do Pretório Excelso, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), na sessão do dia 5/10/2016. Interpretação conforme a Constituição, dada pelo STF, ao art. 283 do CPP. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator. Precedentes.

3. A exasperação da pena base no dobro do mínimo com base apenas nos maus antecedentes - ainda que se trate de crime de mesma natureza - mostra-se exagerada, constituindo, portanto, constrangimento ilegal.

4. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão comporta, revela-se desproporcional, sendo mais adequada a fixação do regime semiaberto.

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente. Regime inicial semiaberto.

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.954 - SP (2016/0309647-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO DE LUNA CURY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE RICARDO SUAREZ GOMES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de JOSÉ RICARDO SUAREZ GOMES contra acórdão da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0018186-13.2014.8.26.0477).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* manteve a sentença, conforme acórdão de e-STJ fls. 19/24.

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da determinação de execução provisória da pena. Sustenta que o precedente exposto pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP consiste em caso isolado e que não configura jurisprudência.

Por outro lado, sustenta que houve aumento excessivo da pena-base com base na suposta existência de maus antecedentes, os quais, além disso, não teriam sido comprovados nos autos.

Sustenta ainda ser devida a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência.

Pleiteia o redimensionamento da pena-base e a compensação da confissão com a reincidência.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 27/31.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações às e-STJ fls. 43/45 e 47/69.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 73/78, pelo não conhecimento da ordem ou, se conhecida, pela denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.954 - SP (2016/0309647-4)

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: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra 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, em síntese, no presente *mandamus* seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como a reforma da dosimetria da pena.

Quanto ao primeiro pedido, a questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena após a confirmação da sentença pelo Tribunal *a quo*, mas antes do trânsito em julgado da condenação.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. *Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...]* (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. *O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.*

5. *Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade.* (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o *Habeas Corpus* 126.292, entendeu que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado. (HC n. 126.292/SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>).

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da Relatora quanto ao mérito da questão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado.

(EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

Desse modo, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discutem mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

Na espécie, conforme relatado, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo a condenação do paciente à pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal. Ademais, conforme informa o impetrante, a defesa do paciente interpôs recurso especial contra o acórdão.

Nesse contexto, uma vez prolatado o acórdão condenatório pela Corte estadual, conclui-se encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), sendo possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Desse modo, a ordem não alberga concessão em relação a esse ponto.

Passo, portanto, à análise do alegado constrangimento ilegal relativo à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena.

Busca-se o reconhecimento do constrangimento ilegal devido à exasperação da pena-base e à não compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Na hipótese, o magistrado singular, ao realizar a dosimetria da pena, traçou as seguintes ponderações, no que importa ao presente caso (e-STJ fls. 14/18):

Na primeira fase da dosimetria, tendo em conta os múltiplos e persistentes antecedentes do réu, os quais revelam longínqua atividade criminosa, além de o fato de o alvo ter sido uma residência, fixo as penas em 04 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na segunda fase da aplicação da pena, verifica-se que o réu é reincidente e também, confessou o delito. No embate entre tal circunstância atenuante e a agravante da reincidência, considerando a reincidência específica e que a confissão foi parcial, entendo inadequada neste caso em comento a compensação, daí porque concluo pela prevalência da segunda, conforme expressa disposição do art. 67 do CP. No concurso da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, prepondera a reincidência (STJ, REsp 737.980, j. 8.11.2005, DJU 20.2.2006, p. 356; REsp 702.401, j. 27.10.2005, DJU 6.2.2006, p. 390; TJDF, RT 855/622). Dessa forma, majoro a pena em 1/6, chegando assim ao montante de 04 anos e 08 meses de reclusão, e 23 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, diante da incidência do art. 14, inciso II, do Código Penal, valendo-me de critério proporcional, tendo em vista o iter criminis da conduta do acusado, diminuo a reprimenda no patamar de 1/3, chegando, assim, ao total de 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, bem como o pagamento de 15 dias multa, estes no unitário e mínimo legal.

Não havendo mais causas modificadoras, torno as penas definitivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte *a quo*, por sua vez, manteve a dosimetria aduzindo o seguinte (e-STJ fls. 19/24):

Quanto à reprimenda, verifico que a pena-base aplicada a GOMES ficou assentada acima do mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão, mais o pagamento de 20 dias-multa, no piso, e assim deve permanecer, porquanto o Juiz sentenciante especificou os motivos pelos quais resolveu exacerbá-la, salientando os maus antecedentes do réu, em obediência aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo. Assim, não há se falar em redução da pena básica.

Em seguida, houve o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência. Considerando que a reincidência é circunstância preponderante, segundo dispõe o artigo 67 do Código Penal, o castigo foi corretamente aumentado em 1/6, somando, 4 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 23 dias-multa, no limiar.

A propósito, ao contrário do que alega a defesa, é inviável a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, uma vez que "preceitua o art. 67 do Código Penal que, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, considerando-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Portanto, na segunda fase da fixação da pena, o magistrado deve fazer preponderar a agravante da reincidência, por exemplo, sobre a atenuante da confissão espontânea" (Guilherme de Souza Nucci, in Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 484).

De início, em relação ao argumento de que teria havido aumento excessivo da pena-base, elevada em patamar superior a 1/6 em razão dos maus antecedentes, nota-se que, a despeito de o paciente ostentar vasta ficha criminal, há apenas registro de duas condenações anteriores definitivas (e-STJ fls. 61/68), sendo que uma delas foi utilizada como agravante da reincidência.

É de se consignar que, nos termos do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, *é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, a exasperação da pena base no dobro do mínimo com base apenas nos maus antecedentes - ainda que se trate de crime de mesma natureza - mostra-se exagerada, constituindo, portanto, constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. PATAMAR DESPROPORCIONAL. ADEQUAÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). RÉU REINCIDENTE. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. Carece de motivação válida a decisão que deixa de indicar elementos concretos para entender como reprováveis a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos e as consequências do crime, em manifesto desacordo, portanto, com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. É pacífico o entendimento de que 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 e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as utilizadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda etapa.

4. Tendo sido considerada apenas uma condenação anterior, como maus antecedentes, para justificar a exasperação da pena-base, a fixação no patamar 1/4 mostra-se desproporcional, impondo-se a sua redução para 1/6, ainda que o paciente seja reincidente específico.

5. Mantido o quantum da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

(HC 351.072/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE 1/2. DESPROPORÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente.

2. As instâncias ordinárias não apontaram elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciassem especial agressividade e/ou perversidade do segundo paciente ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, a ponto de justificar a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade.

3. Considerar a valoração negativa da personalidade com base em condenações já sopesadas nos antecedentes e na reincidência configura o vedado bis in idem.

4. O Juiz sentenciante - no que foi corroborado pela Corte local -, a despeito de haver mencionado os maus antecedentes do réu, não apontou, concretamente, eventuais circunstâncias que pudessem influir no aumento da pena-base no patamar acima de 1/6 - in casu 1/2, o que corresponde a 2 anos acima do mínimo -, para uma única circunstância, que fazia referência a apenas uma condenação.

5. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.

6. O Tribunal local apenas mencionou que o crime foi cometido em comparsaria e não apontou nenhum elemento dos autos (como o modus operandi, por exemplo) que, efetivamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

7. O primeiro paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena-base do segundo paciente, tornado a pena definitiva em 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão mais 17 dias-multa, bem como confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime semiaberto ao primeiro paciente.

(HC 227.144/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

Por outro lado, 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. A propósito, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), ainda que parcial, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 8 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, mais 13 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório. (HC 307.538/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016) - grifei.

No caso, infere-se que, na segunda etapa da dosimetria, reconhecida a reincidência, considerou-se esta preponderante em relação à confissão, agravando-se a pena em 1/6 (fl. 17). Dessa forma, tendo em vista que o entendimento das instâncias ordinárias está em dissonância com o entendimento desta Corte Superior também nesse ponto, verifica-se a ocorrência do constrangimento ilegal.

Ou seja, a ordem deve ser concedida *ex officio* para reduzir a exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria para o patamar de 1/6, bem como para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, extraindo o aumento de 1/6 efetuado na segunda fase da dosimetria, com manutenção dos demais termos da condenação.

Assim passo a refazer a dosimetria.

Na primeira fase, fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão. Na segunda fase, faço a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, permanecendo a pena no *quantum* de 2 anos e 4 meses de reclusão. Na terceira fase, mantenho a diminuição da reprimenda no patamar de 1/3 em razão da tentativa, alcançando o total de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, e o pagamento de 10 dias-multa, preservados os demais termos da condenação.

O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão comporta, revela-se desproporcional, sendo mais adequada a fixação do regime semiaberto.

Ante o exposto, **não conheço** o *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena para 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, e o pagamento de 10 dias-multa, em regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0309647-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 379.954 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00181861320148260477 181861320148260477 2014002761 20160000744644

EM MESA

JULGADO: 07/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: THIAGO DE LUNA CURY
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE RICARDO SUAREZ GOMES

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.