



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.679 - RJ (2015/0136961-2)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
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 : FLAVIO JUNIOR DA SILVA PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. PERÍODO DEPURADOR NÃO DEMONSTRADO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ERESP N. 1154752/RS. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Para se afastar a reincidência pelo decurso do período depurador, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, cabe ao paciente demonstrar o cumprimento ou extinção da pena, sob pena de ser inviabilizado o enquadramento dos fatos na hipótese normativa. Ademais, a tese levantada pela defesa não foi submetida à análise do Tribunal de origem, razão penal qual resta incabível sua apreciação nesta Corte Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

– Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 22 de setembro de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.679 - RJ (2015/0136961-2)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

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 : FLAVIO JUNIOR DA SILVA PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de FLAVIO JUNIOR DA SILVA PEREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0033210-62.2013.8.19.0202.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 157, *caput*, na forma do art. 14, II, por duas vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal - CP, às penas de 2 anos, 11 meses e 12 dias de reclusão, e 7 dias-multa (fl. 52).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recursos de apelação. O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao ministerial, em acórdão assim ementado:

Apelante preso em flagrante em 20.11.2013, convertida em preventiva em 28.11.2013

Artigo 157, caput, c/c o artigo 14, II, (duas vezes), na forma do artigo 70, todos do Código Penal. Condenação em julho de 2014 pela prática de roubo tentado de dois celulares a 02 anos, 11 meses e 12 dias de reclusão, em regime fechado, e a satisfação de 07 dias-multa, no valor mínimo legal.

Recurso da Defesa buscando

(1) a diminuição da pena base, com a exclusão dos maus antecedentes.

(A) Inadmissibilidade. A imposição da reprimenda básica acima do patamar mínimo ocorreu de forma fundamentada. O Réu apresenta maus antecedentes, portanto, justificado o incremento de mais 06 meses e 01 dia multa (totalizando na primeira etapa 04 anos e 06 meses e 11 dias multa).

(2) o afastamento do concurso formal, alegando a não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação do crime praticado contra uma das vítimas.

(B) Impossibilidade. Patenteada a materialidade e autoria pelos depoimentos dos policiais e pela própria confissão do réu. O Apelante, mediante uma só ação e num único contexto fático, atingiu patrimônios pertencentes a duas mulheres, estando caracterizado, pois, o concurso formal de injustos.

(3) a redução máxima de 2/3 da pena em relação à tentativa.

(C) Pleito prejudicado, em razão do reconhecimento da consumação do delito.

Recurso Ministerial, objetivando a condenação do delito em sua forma aperfeiçoada.

Possibilidade. O recorrente subtraiu dois celulares, obtendo a posse do bem, ainda que em curto espaço de tempo. Aplicação da teoria da amotio. Desnecessidade de ser posse mansa e pacífica ou desvigiada.

NOVA DOSIMETRIA:

Na primeira fase, a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, em 04 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa, em razão dos maus antecedentes, reconhecido na sentença e mantido.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, prepondera a primeira, mantido o aumento em mais 1/8, estabelecida a pena intermediária em 05 anos e 22 dias de reclusão e o pagamento de 12 dias multa.

Na terceira etapa, afastada a tentativa, fixada a reprimenda em 5 anos e 4 meses de reclusão e a satisfação de 14 dias multa.

Em razão do concurso formal, aplicada a fração de 1/6, estabelecendo a sanção definitiva em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e a satisfação de 16 dias multa, no valor unitário mínimo.

RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVENDO O DA DEFESA E PROVENDO O MINISTERIAL (fls. 11/13).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente não é reincidente, porquanto já se encerraram os períodos depuradores das condenações com trânsito em julgado utilizadas como fundamento para o aumento.

Em caso de manutenção da reincidência, argumenta que deve haver na dosimetria da pena a compensação integral da reincidência com a confissão espontânea.

Requer, portanto, o afastamento da reincidência e, subsidiariamente, sua compensação com a confissão espontânea.

Sem pedido liminar e prestadas informações (fls. 60/72), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fl. 76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.679 - RJ (2015/0136961-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Conforme consignado, busca-se na presente impetração o afastamento da reincidência e, subsidiariamente, a sua compensação com a confissão espontânea.

Para melhor análise dos pedidos, cito trecho da sentença de primeiro grau:

Passa-se ao cálculo da pena.

Atento ao processo trifásico de aplicação da pena, adotado por nosso Estatuto Penal, inicialmente, passa-se à análise das circunstâncias judiciais previstas em seu art. 59.

As circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, considerando-se os maus antecedentes ostentados pelo réu, conforme anotação 01 de fls. 32, combinada com o Histórico Penal de fls. 119/120, pelo que, aumenta-se a pena-base na fração de 1/8, para fixá-la em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa arbitrados no mínimo legal.

Deve-se reconhecer a reincidência como agravante genérica, conforme anotação 02 de fls. 33, combinada com o Histórico Penal de fls. 119/120, e, como atenuante, a confissão espontânea. A preponderância da reincidência sobre a confissão não pressupõe a desconsideração total da atenuante, mas, apenas, que a agravante prevalecerá em menor intensidade, conduzindo, assim, a uma exasperação menor do que haveria sem a influência da confissão, portanto, aumenta-se a pena, nesta segunda fase tão somente na fração de 1/8, passando a pena para 05 (cinco) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Ausentes quaisquer causas específicas de aumento ou diminuição de pena, mas, diante do reconhecimento da forma tentada, e pelo iter criminis percorrido, reduz-se a pena na fração de para fixá-la definitivamente em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 11 (onze) dias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 06 (seis) dias-multa.

Em razão do concurso formal, e, por terem sido atingidos dois patrimônios distintos com uma única ação, aumenta-se a pena na fração de 1/6 para fixá-la definitivamente em 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 07 (sete) dias-multa arbitrados no mínimo legal (fls. 51/52).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao reformar a sentença, consignou que:

NOVA DOSIMETRIA:

Na primeira fase, a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, em 04 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa, em razão dos maus antecedentes, reconhecido na sentença e mantido.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, preponderando a reincidência, mantido o aumento em mais 1/8, fixando a pena intermediária em 05 anos e 22 dias de reclusão e o pagamento de 12 dias multa.

Na terceira etapa, deixo de diminuir a pena, pois afastada a tentativa, fixando a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão e a satisfação de 14 dias multa.

Em razão do concurso formal, aumento em mais 1/6, fixando a pena definitiva em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e a satisfação de 16 dias multa, no valor unitário mínimo (fls. 18/19).

É certo que, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, escoado o período depurador de 5 anos, a partir da data do cumprimento ou extinção da pena, tal condenação com trânsito em julgado não pode ser utilizada para fundamentar o aumento da pena em razão da reincidência.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

No caso dos autos, conforme mencionado na sentença e ratificado pelo acórdão, a reincidência decorreu da "anotação 2 de fls. 33, combinada com o Histórico Penal de fls. 119/120". No presente feito, tal documentação está acostada às folhas 23/24 e 28, todavia, não consta notícia da data cumprimento ou extinção da pena.

Destarte, resta inadmissível o afastamento da reincidência, pelo decurso do prazo depurador, lembrando, ainda, que a via do *habeas corpus*, devido à sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cognição sumária, exige prova pré-constituída do direito alegado, o que não se verifica nos autos.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE. DEFICIENTE INSTRUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que o habeas corpus, porquanto vinculado à demonstração de plano de ilegalidade, não se presta a dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, sendo ônus do impetrante trazê-la no momento da impetração, máxime quando se tratar de advogado constituído (STJ. HC n. 300328/SP, Min. Relator Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 18/6/2015, DJe 1/7/2015).

2. Ausente prova da falta de intimação da defesa para o julgamento da apelação, não se conhece da arguição de nulidade.

3. A falta de justificação concreta de riscos ao processo ou à sociedade, nos termos do art. 312 do CPP, acarreta a invalidade do decreto de prisão.

4. Habeas corpus conhecido em parte e, nesse limite, concedida a ordem para a soltura do paciente, o que não impede nova e fundamentada decisão cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual (HC 317.882/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/8/2015, DJe 31/8/2015).

Ademais, verifica-se que a tese levantada pela defesa, quanto ao escoamento do período depurador da condenação utilizada para efeito de reincidência, não foi submetida à análise do Tribunal de origem, razão penal qual resta incabível sua apreciação nesta Corte Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Vejam-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. TEMA NÃO ENFRENTADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. DEMORA JUSTIFICADA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. CONDUÇÃO COERCITIVA. PROGRAMA DE PROTEÇÃO A TESTEMUNHAS. ORDEM EM PARTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. Inviável, sob pena de supressão de instância, o exame do tema atinente à presença de requisitos para decretação da preventiva, porque não apreciado no acórdão impugnado.

2. A demora para o término da instrução afigura-se justificada diante das circunstâncias do caso concreto, porquanto o excesso, em grande parte, deve ser atribuído à necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remarcação da audiência para possibilitar a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, sendo necessário o uso de condução coercitiva e intimação de testemunha submetida a programa de proteção de testemunhas.

3. Ordem em parte conhecida e denegada (HC 328.036/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/8/2015, DJe 1º/9/2015).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS CONCRETOS. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO.

1. O alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal não foi objeto de debate nem de decisão no Tribunal estadual.

2. A prisão cautelar só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

3. No caso, o histórico criminal do agente - condenado por crime da mesma natureza, cumprindo pena pelo crime de atentado violento ao pudor e possuidor de anotação recente por ter ameaçado a mesma ofendida - revela fundado receio de reiteração na prática criminosa e autoriza, por si só, o decreto de prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. O risco de reiteração delitiva pode ser extraído inclusive de inquéritos e ações penais em curso. Precedentes.

5. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, improvido (RHC 59.162/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 6/8/2015, DJe 26/8/2015).

Noutro ponto, quanto ao pedido de compensação entre a confissão espontânea e a reincidência, verifico que as instâncias ordinárias reconheceram a confissão espontânea do paciente, contudo, ao dosar a pena, entenderam pela preponderância da reincidência, estabelecendo o aumento no patamar de 1/8 na segunda fase da dosimetria.

Todavia, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, em 23 de maio de 2012, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes. O julgado ficou assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo 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.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. (REsp 1154752/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 4.9.2012).

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA DELITIVA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.154.752/RS (DJe 04/09/12), 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".

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para efetuar a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente no quantum da pena-base fixada (dois anos e oito meses de reclusão e vinte dias-multa) (HC 210.109/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 3/12/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. 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.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 289.934/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 3/12/2014).

Destaco ainda que, no caso em tela, somente uma condenação foi utilizada para fins de agravar a pena pela reincidência, porquanto a outra condenação foi considerada como Maus Antecedentes com o fito de elevar a pena-base estipulada. Destarte, inexistem motivos para não proceder a compensação total de única reincidência, mesmo que seja específica, com a confissão espontânea. No mesmo sentido, cito:

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. DEZ CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO, ALGUMAS DELAS RECENTES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO.

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

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes. 3. Na hipótese, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em decorrência de dez condenações anteriores com trânsito em julgado e porque o paciente "ao ser preso por este feito, estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais", revelando seu comportamento "total descaso pela vida em comunidade e ausência de qualquer aprendizagem pelos anos que passou encarcerado".

4. Não obstante algumas condenações datarem do final da década de 80, o lapso temporal entre as últimas sentenças condenatórias e a prática de novo crime, em 2012, não ultrapassa dois anos, sendo razoável a elevação da pena-base 50% acima do mínimo legal cominado ao tipo, ainda mais porque a recidiva é específica e ocorreu quando o apenado encontrava-se em gozo de benefício da execução penal.

5. A ideia que subjaz ao chamado "direito ao esquecimento" não tem como implicar, diante das peculiaridades do caso concreto, a relativização dos registros penais do paciente, pois o relevo imprimido ao conjunto de condenações foi proporcional, considerando o piso e o teto abstrato previsto para o tipo penal.

6. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia e definitiva distinta daquela(s) considerada(s) na primeira etapa da dosimetria não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem.

7. Observadas as peculiaridades do caso, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal" (EREsp n. 1.154.752/RS, 3ª Seção, DJe 4.9.2012).

8. No caso em apreço, mesmo que a reincidência seja específica, o julgador considerou, para efeitos de reconhecimento da agravante genérica, uma única condenação definitiva anterior, que deve ser compensada com a confissão extrajudicial, igualmente preponderante, pois o paciente contribuiu para a segurança do julgado.

9. O réu, reincidente específico, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e que teve as circunstâncias judiciais sopesadas de forma desfavorável poderá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, como na hipótese.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar, na segunda etapa da dosimetria, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e readequar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena final do paciente. (HC 284.307/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 26/8/2014).

Dessa forma, tem-se por imperioso o redimensionamento da reprimenda no ponto, para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Assim, passo a refazer a dosimetria das pena.

Na primeira fase, fica mantida a pena estabelecida pela instância ordinária, em 4 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na segunda fase, ante a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, mantenho a pena estipulada na primeira etapa. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, mantenho a pena em 4 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa. Por fim, em razão do concurso formal, mantenho o patamar de aumento fixado em 1/6 para alcançar a reprimenda de 5 anos e 3 meses de reclusão e 12 dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, redimensionando a pena imposta ao paciente para 5 anos e 3 meses de reclusão e 12 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0136961-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 326679 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00332106220138190202 332106220138190202

EM MESA

JULGADO: 22/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

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 : FLAVIO JUNIOR DA SILVA PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.