



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.586 - SP (2015/0268451-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO A 6 ANOS, 2 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO À PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

– No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

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

– *Habeas Corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.586 - SP (2015/0268451-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de DIOGO HENRIQUE DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar o apelo defensivo (Apelação Criminal n. 0081590-29.2012.8.26.0050), negou-lhe provimento, mantendo íntegra a sentença de primeiro grau.

Inferre-se dos autos que o ora paciente foi condenado às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 14 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, do Código Penal (e-STJ fls. 12/28).

Na presente impetração, busca a defesa, inclusive liminarmente, a redução da pena do acusado, com a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, indeferida pelo Tribunal de origem com base na tese da preponderância da reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 42/43).

Informações prestadas às e-STJ fls. 52/73.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (e-STJ fls. 78/83).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.586 - SP (2015/0268451-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa o reconhecimento da atenuante da confissão em favor do paciente e a sua consequente compensação com a agravante da reincidência, reduzindo, em decorrência, a sanção aplicada.

No caso, a sentença consignou que:

O réu Diogo Henrique dos Santos confessou a prática do crime (e-STJ fl. 14).

(...)

A confissão em juízo acerca da autoria do crime foi corroborada pelo reconhecimento do réu feito pelo ofendido, sendo isso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corroborado pelos insuspeitos depoimentos prestados pelos policiais que atenderam o solicitante (e-STJ fl. 17).

Nesse contexto, impõe-se a condenação do réu, porquanto demonstrada a ocorrência do roubo, na prisão em flagrante, na confissão judicial, na apreensão do produto do crime em poder daquele, no reconhecimento concretizado pela vítima e na prova oral, não existindo razão alguma para se desprezar os insuspeitos depoimentos do ofendido e dos policiais militares que efetuaram a prisão, pois não tinham motivos para falsamente imputar conduta criminosa a pessoa inocente, nada existindo, ademais, de concreto nos autos que pudesse infirmar essa prova (e-STJ fl. 20).

*Provadas a autoria e a materialidade do crime, não há como se deixar de condenar o réu. O dolo com que agiu não excedeu à normalidade. A vítima não sofreu ofensa à sua integridade física e teve recuperado o que dela fora subtraído. Assim, nada justifica sejam adotadas como base, penas em quantidade superior às mínimas (4 anos reclusão; 10 d.m.). **Sobre as penas-base, incidem duas circunstâncias: a agravante de o réu ser reincidente (art. 61, I, do CP), com condenações por furto (fls. 63) e por tentativa de roubo qualificado pelo concurso de agentes (fls. 61), praticados há mais de três anos, e a atenuante, consubstanciada na confissão acerca da autoria (art. 65, III, "d", CP). Considerando a proximidade de três crimes contra o patrimônio alheio, ao menos o último, em questão, predeterminado (faca), e velada ameaça ao ofendido, temos que a primeira prepondera sobre a outra. Tratando-se de única circunstância agravante, nada justifica acréscimo maior de 1/6. Sobre o resultado (4 anos e 8 meses de reclusão, 11 d.m.), incide única causa de aumento: ter o roubo (art. 157, CP) sido praticado com grave ameaça exercida com emprego de arma (§2º, I), impondo-se o acréscimo de 1/3. O novo resultado (6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão; 14 d.m.) se torna definitivo (e-STJ fls. 22/23).***

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve íntegra a condenação e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido destacou que:

Assim, demonstrada a materialidade através dos autos de exibição, apreensão e entrega (fls. 15/17), a par de apurada a autoria à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base no mínimo legal, sem considerar a existência de antecedente desabonador noticiado a fls. 63, decorrente de condenação anterior e definitiva por furto, vedada solução diversa nesta oportunidade ante a inércia do Ministério Público.

Já na segunda fase da dosimetria, a pena foi majorada de um sexto (1/6) em razão da comprovada reincidência (específica - fls. 61),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultando em quatro (4) anos e oito (8) meses de reclusão, mais onze (11) diárias.

Vale acrescentar que o acréscimo imposto se mostra aquém do necessário, porquanto a agravante denota não ter o agente notado as consequências de seus atos, tanto que voltou a delinquir, cometendo infração idêntica, algo apto a exigir repressão mais acentuada, de modo a desencorajar a reincidência.

E não há falar em bis in idem, porquanto, fosse adotado o aumento na primeira fase da dosimetria por circunstância judicial adversa antes destacada, os acréscimos decorreriam de fatos diversos.

Ademais, havendo mais de uma condenação definitiva, possível a utilização de uma para delinear a existência de antecedente desabonador, configurando a outra a reincidência. Ainda nesta etapa, registre-se que, embora o réu tenha confessado, incogitável a redução da pena ou a compensação como sugerido pela Defesa, porquanto, nos termos do artigo 67 do Código Penal, a reincidência prepondera sobre a atenuante em foco (TJESP, Apelação Criminal nº. 0001601-93.2008.8.26.0282, Relator Desembargador JAIR MARTINS, julgado 19-5-2011).

Recentes decisões do Supremo Tribunal Federal não discrepam: “2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes” (RHC 115994/DF, Relatora Ministra Carmem Lúcia, julgado 02-4-2013, grifei).

(...)

Por fim, na terceira fase do artigo 68 do Código Penal, majorou-se a reprimenda de um terço (1/3) em razão da causa de aumento atinente ao emprego de arma, chegando-se ao patamar definitivo de seis (6) anos, dois (2) meses e vinte (20) dias de reclusão, mais quatorze (14) diárias, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras (e-STJ fls. 35/37).

É cediço que, desde o julgamento do 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.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO EM FACE DA NATUREZA DO BEM SUBTRAÍDO. IMPOSSIBILIDADE, IN CASU. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ.

(...)

3. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.341.370/MT, submetido ao procedimento previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, podem ser compensadas na segunda fase da dosimetria da pena.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, compensar a reincidência com a confissão espontânea e aplicar a fração mínima de 1/3 em razão das majorantes do roubo, redimensionando a pena cominada aos dois pacientes. (HC 213.994/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 1/10/2015) – (grifei).

Contudo, no caso, para fins de reincidência, a sentença referiu-se a duas condenações definitivas (uma por furto e outra por tentativa de roubo qualificado, consoante se verifica às e-STJ fl. 23), de modo que, nessas situações, em respeito aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, há preponderância da agravante da reincidência com relação à atenuante da confissão espontânea.

Em decorrência, embora reconhecida a atenuante da confissão, não é o caso de promover a sua compensação com a multireincidência que ostenta o paciente, de modo que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado *ex officio* por este Tribunal Superior.

A propósito:

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

1. O disposto no art. 617 do Código de Processo Penal não foi objeto de debate pelo acórdão atacado, aplicando-se, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

analogia, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Eg. Corte, à oportunidade do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência.

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

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

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

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS, 9 MESES E 3 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 14 DIAS-MULTA. DEFESA ALEGA A OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM NO AUMENTO DA PENA PELA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DIVERSAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. MESMO QUE PARCIAL, DEVE SER APLICADA A ATENUANTE DO ART. 65, III, "D", DO CP. PRECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. RESPEITO À PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. MANUTENÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA REDUZIR AS PENAS DO PACIENTE.

(...)

4. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Contudo, no caso, para fins de reincidência, a sentença referiu-se a duas condenações definitivas, de modo que, nessas situações, em respeito aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, há preponderância da agravante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(...)

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reconhecer a incidência da atenuante de confissão espontânea e promover a consequente redução da pena do paciente. (HC 324.627/SP, desta Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus** substitutivo do recurso próprio, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0268451-0

HC 339.586 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00815902920128260050 815902920128260050

EM MESA

JULGADO: 10/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIOGO HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.