



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.270 - SP (2016/0326049-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO VIANA GIROLAMO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU DUPLAMENTE REINCIDENTE. REGIME FECHADO MANTIDO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.
2. 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.
3. 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".
4. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.
5. *In casu*, verifica-se a existência de duas condenações transitadas em julgado não atingidas pelo período depurador de cinco anos, e que não foram consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, deve ser procedida à compensação parcial entre a agravante da reincidência ou a atenuante da confissão espontânea.
6. Este Superior Tribunal entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, da qual decorre que a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo.
7. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta ao réu. Na hipótese, tratando-se de réu reincidente, tendo a pena-base sido valorada acima do piso legal, revela-se proporcional a fixação do regime fechado para o desconto inicial da reprimenda.

8. *Writ* 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.270 - SP (2016/0326049-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO VIANA GIROLAMO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **DIOGO VIANA GIROLAMO**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, com o redutor do art. 46 da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 14-20).

Irresignadas, ambas as partes apelaram ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso defensivo e deu provimento ao recurso do *Parquet*, a fim de que as penas fossem aumentadas para 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, com o pagamento de 13 (treze) dias-multa. Eis a ementa do acórdão:

"Ementa: Apelações do Ministério Público e da defesa - Roubo major ado pelo concurso de agentes - Autoria e materialidade bem demonstradas, tanto que ausente insurgência, no particular - Apelo defensivo que se limita aos pedidos de redução das penas e detração penal- Bases acima do mínimo, o que justificado pelos maus antecedentes - Confesso desprezado, diante da recidiva, que é preponderante Art. 67 do CP - Precedentes do STF- inócorrência de 'bis in idem' envolvendo a reincidência, pois fundada em condenação distinta - Causa elevatória presente, dadas as seguras palavras da ofendida- Semi-imputabilidade afastada - Art. 182 do CPP - Penas redimensionadas - Regime fechado de rigor - Detração - Matéria de competência do juízo das execuções - Recurso da acusação provido, desacolhido o outro" (e-STJ, fl. 22).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "considerando o fato julgado pelo Tribunal de Justiça é um roubo cometido em 05 de abril de 2015 (conforme sentença, fl. 105 – anexa), violou-se o art. 59 do Código Penal, pois é pacífico nos Tribunais Superiores que condenações que já passaram pelo período depurador de 05 anos não podem ser consideradas como maus antecedentes"; b) "a atenuante da confissão é sempre de máxima relevância e possui caráter preponderante, nos termos do que preconiza o art. 67 do CP, pois assim como a reincidência dizem sobre a personalidade do agente" (e-STJ, fls. 1-13).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, a fim de que seja redimensionada a pena do paciente, com a fixação inicial do regime prisional aberto.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fls. 40-41).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício, "apenas para que se proceda à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, porém com preponderância daquela sobre esta" (e-STJ, fls. 103-105).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.270 - SP (2016/0326049-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO VIANA GIROLAMO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU DUPLAMENTE REINCENTE. REGIME FECHADO MANTIDO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.
2. 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.
3. 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".
4. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.
5. *In casu*, verifica-se a existência de duas condenações transitadas em julgado não atingidas pelo período depurador de cinco anos, e que não foram consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, deve ser procedida à compensação parcial entre a agravante da reincidência ou a atenuante da confissão espontânea.
6. Este Superior Tribunal entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, da qual decorre que a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo.
7. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu. Na hipótese, tratando-se de réu reincidente, tendo a pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sido valorada acima do piso legal, revela-se proporcional a fixação do regime fechado para o desconto inicial da reprimenda.

8. *Writ* não conhecido.

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.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Está inscrito no acórdão:

"Passa-se, então, à dosimetria com o que não se conformam os recorrentes.

As penas iniciais do roubo ficaram no linde inferior, vale dizer, 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, diária mínima.

Mas, respeitado o posicionamento do r. juízo, existe fundamento válido para a majoração das bases, a teor da certidão de fl. 17 do apenso próprio, que aponta condenação definitiva por roubo, caracterizando-se, assim, maus antecedentes.

Então, as basilares são fixadas 1/6 acima do mínimo, ficando em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, diária mínima.

Em seguida, a atenuante da confissão compensada com a agravante da reincidência (furto e roubo - fl. 08/9 e 10/1, ambas do apenso próprio), não obstante o disposto no art. 67 do CP, a prever a preponderância da última sobre a primeira.

[...]

Na seqüência, as reprimendas são majoradas de 1/ 3 pela comparsaria, chegando-se a 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e 17 dias-multa, no piso.

E bem delineada essa causa de aumento, haja vista o seguro depoimento da ofendida, que, de forma firme e congruente, deu conta da dinâmica do ocorrido, bem descrevendo a conduta praticada pelos ladrões. Além disso, o próprio réu confirmou a participação da comparsa.

Por fim e novamente em atenção ao reclamo ministerial, de afastar-se a redução pela semi-imputabilidade.

Ressalte-se, inclusive, que o Pretório Excelso afasta a circunstância atenuante da confissão, quando existe prisão em flagrante delito, como aqui, nos termos do seguinte precedente [...] Assim, afastada a circunstância atenuante, majoram-se as reprimendas de 1/4 pela reincidência, anotado aqui a existência de duas condenações anteriores a justificarem : acréscimo praticado, ainda mais sendo uma delas específica. Resultam disso 05 anos e 10 meses de reclusão e 13 dias-multa, diária mínima.

E não há *bis in idem* envolvendo a reincidência, eis que se trata de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante considerada na segunda fase da dosimetria e por fatos distintos dos maus antecedentes.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal, externada nos seguintes arestos: Apelação nº 3005884-58.2013.8.26.0048, 11ª Câmara de Direito Criminal, Rel. es. S alies de Abreu, j. 09.04.2014; Apelação n. 0099255-29.2010.8.26.0050, 13ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Laerte Marrone de Castro Sampaio, j. 10.04.2014; e Apelação n. 0005403-45.2013.8.26.0114, 9ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Sérgio Coelho, j. 03.04.2014.

E bem delineada essa causa de aumento, haja vista o seguro depoimento da ofendida, que, de forma firme e congruente, deu conta da dinâmica do ocorrido, bem descrevendo a conduta, praticada pelos ladrões. Além disso, o próprio réu confirmou a participação da comparsa.

Por fim e novamente em atenção ao reclamo ministerial, de afastar-se a redução pela semi-imputabilidade.

Realmente, o laudo de fls. 13/4 do apenso mostra-se contraditório ao concluir que o acusado teria compulsão para o consumo de drogas, ao mesmo tempo que menciona não ter ele externado síndrome de abstinência, anotado o largo tempo transcorrido entre o delito e a conclusão pericial.

[...]

E o regime inicial, como requerido pela acusação, é mesmo o fechado, não só pela extrema gravidade da infração, que vêm provocando desassossego à sociedade, mas também porque empregada comparsaria, ousadia, frieza, audácia, profissionalismo, peculiaridades a denotarem altíssima periculosidade por parte do agente, tudo sem falar na dupla reincidência, que, por si, já determinaria o regime mais rigoroso.

De fato, manifesto o risco à incolumidade pública, particularidade a determinar seja ele segregado do meio social, até porque a alínea 'b' do parágrafo 2º, do art. 33 do Estatuto Repressivo se vale do termo 'poderá', a indicar faculdade" (e-STJ, fls. 21-32).

Com efeito, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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".

Nesse passo, o concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

A fim de corroborar o referido entendimento, os seguintes julgados:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. CONFISSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação.

3. No caso, a confissão do paciente, mesmo que parcial, somada às outras provas constantes dos autos, foi determinante para o reconhecimento da autoria e consequente condenação.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que 'É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

5. Na espécie, trata-se de réu multirreincidente, razão pela qual admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e redimensionar a pena do paciente."

(HC 334.889/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/11/2015, grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito do apelo extremo. (Súmula 7/STJ).

II - Inaplicável ao crime de roubo a causa supralegal de exclusão da ilicitude por tratar-se de delito que ofende o patrimônio e a integridade física da vítima, evidenciando maior grau de ofensividade, periculosidade e reprovabilidade da conduta, aptas a afastar a bagatela.

III - Conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta eg. Corte, muito embora se reconheça a compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

multirreincidente, a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a multirreincidência exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a atenuante.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 585.654/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016.)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, E ART. 70, CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 332.211/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/02/2016).

In casu, verifica-se a existência de duas condenações transitadas em julgado não atingidas pelo período depurador de cinco anos, não consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, deve ser procedida à compensação parcial entre a agravante da reincidência ou a atenuante da confissão espontânea.

Mais: este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, da qual decorre que a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 1 ANO, 5 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO JUSTIFICADO DIANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO PACIENTE. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E ACUSADO REINCIDENTE ESPECÍFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

- Hipótese em que a fração de 1/4, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n. 440/STJ.

- Por outro lado, segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Hipótese em que, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o paciente possuir circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime fechado. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 343.706/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016, grifou-se)

"*HABEAS CORPUS*. PORTE DE ARMA DE FOGO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DA PENA EM 1/4 NA SEGUNDA FASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6.

Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena do paciente em 1/4, pois a instância antecedente destacou sua reincidência específica.

3. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 345.687/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016, grifou-se)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/4. REVISÃO. EXCEPCIONALIDADE DA VIA ELEITA. PROPORCIONALIDADE DA EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Em *habeas corpus*, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena fixada ser efetivada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia.

3. Na hipótese dos autos, tanto o Juízo de primeiro grau quanto a Corte estadual reconheceram a reincidência específica do paciente e aumentaram a sua pena, com fundamento nessa agravante, na fração de 1/4, em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte.

Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 310.003/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifou-se)

No que tange ao regime prisional, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu. Na hipótese, tratando-se de réu reincidente, tendo a pena-base sido valorada acima do piso legal, revela-se proporcional a fixação do regime fechado para o desconto inicial da reprimenda.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. *WRIT* DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do CP.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0326049-0

HC 382.270 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032422120158260590 20160000788952 32422120158260590

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIOGO VIANA GIROLAMO

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