



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.266 - SP (2014/0236538-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO DA SILVA GOMES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. 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.

No caso em tela, diante da reincidência específica, a compensação integral em razão da presença da confissão espontânea se mostra descabida. Dessa forma, não há ilegalidade a ser corrigida no *decisum* proferido pelo Tribunal *a quo*.

3. Com relação ao regime prisional, não havendo modificação na dosimetria da pena, inaplicável, ao caso, o Enunciado Sumular n. 269 do STJ, que prevê: "*Sumula 269 STJ - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*"

Dessarte, em se tratando de paciente reincidente com pena total fixada em 4 anos e 8 meses de reclusão, ou seja, superior a 4 anos, não há que se falar em modificação do regime prisional estabelecido pelas instâncias ordinárias, em respeito ao disposto no art. 33 do Código Penal e à jurisprudência deste Tribunal Superior.

- *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.266 - SP (2014/0236538-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO DA SILVA GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCO AURÉLIO DA SILVA GOMES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0036818-15.2011.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal (roubo simples), à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 10 dias-multa.

Irresignados, Ministério Público e defesa apelaram, tendo o Tribunal de Justiça estadual negado provimento ao recurso defensivo e dado provimento ao recurso ministerial para aumentar a pena imposta ao paciente para 4 anos e 8 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado. O acórdão restou assim ementado:

Apelação. Roubo. Insurgência ministerial. Arma de brinquedo não serve para configurar causa especial de aumento de pena. Assunto já pacificado. Porém, tendo em vista ser o réu reincidente específico, de rigor a compensação parcial com a atenuante da confissão. Parcial provimento.

Insurgência defensiva. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Negado provimento (fls. 22).

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois o Tribunal de Justiça teria reconhecido sua confissão, mas compensado apenas parcialmente, na segunda fase da dosimetria, por considerar preponderante a agravante da reincidência, o que implicou em aumento de pena no patamar de 1/6, em total dissonância, segundo a defesa, com o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

Em outro ponto, alega constrangimento ilegal pela fixação do regime inicial fechado sem fundamentação idônea para tanto. Afirma que a reincidência não pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obstar a fixação do regime semiaberto, invocando o Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte.

Pleiteia, assim, a compensação entre a confissão e a reincidência, diminuindo-se a pena aos patamares anteriormente estabelecidos, bem como a fixação do regime inicial diverso do fechado.

Indeferida a liminar às fls. 35/36, o Ministério Público Federal, às fls. 44/54, opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.266 - SP (2014/0236538-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, a compensação da circunstância agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, nos termos da decisão do Juiz de primeira instância, bem como a fixação do regime inicial diverso do fechado.

Quanto à compensação das circunstâncias na segunda fase da dosimetria, o Juiz sentenciante assim fundamentou a integral compensação entre a confissão e a reincidência:

[...]

E, na análise da pretensão punitiva deduzida, cumpre reconhecer, desde logo, que a ação penal deve ser julgada parcialmente procedente para, afastada a incidência da qualificadora do emprego de arma, condenar o réu pelo roubo descrito na denúncia. Acontece que, diversamente do que afirmado pela d.Defensora Pública, respeitosamente, a prova produzida em juízo bem demonstrou como se deram os fatos e, principalmente, a responsabilidade criminal do acusado. De imediato, importante consignar que o próprio acusado, ao ser interrogado em juízo, admitiu a autoria da subtração, circunstância que, por si só, já recomenda sua condenação, pois, como bem é sabido, a admissão de culpa é prova incontestável de autoria, apenas devendo ser afastada quando, por ela, se vislumbra algum interesse escuso do confitente, o que não se percebe no caso em apreço.

[...]

A agravante da reincidência, embora demonstrada pela certidão de fls. 70, fica compensada pela atenuante da confissão e, assim, permanece inalterada a pena-base.

[...]

(fls. 12/13).

O Tribunal de piso, por sua vez, ao reformar a decisão monocrática, consignou:

Na segunda fase, a r. sentença compensou a agravante da reincidência (fl. 70) com a atenuante da confissão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora não seja ainda uma questão pacificada, recentemente alteramos nosso entendimento, passando a reconhecer a confissão espontânea como circunstância apta a indicar uma personalidade positiva por parte do agente, sendo, então, tida como atenuante preponderante, nos termos do art. 67 do Código Penal, passível de ser compensada com a agravante da reincidência.

Contudo, no presente caso, verifica-se ser o réu reincidente específico, com condenação anterior por crime contra o patrimônio, a não merecer integral compensação.

Assim sendo, considerando que a reincidência específica geraria um aumento de um terço, tendo em vista a confissão, agravo as reprimendas à razão de um sexto (fls. 25).

Ao que se tem, os fragmentos das decisões acima transcritos revelam que o Juiz processante reconheceu a atenuante de confissão espontânea do paciente, decidindo pela sua integral compensação com a agravante da reincidência, por entender se tratar de circunstâncias igualmente preponderantes.

Doutro lado, o Tribunal de origem, ao reformar a decisão monocrática, também reconheceu a atenuante da confissão, porém entendeu pela preponderância da agravante, por se tratar de reincidência específica.

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:

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. (EREsp 1154752/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 4.9.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em tela, todavia, diante da reincidência específica, a compensação integral em razão da presença da confissão espontânea se mostra descabida. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. OMISSÃO COM SUPOSTO ENTENDIMENTO CONTRÁRIO DO STF. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA CONFORME ORIENTAÇÃO FIRMADA NESTA CORTE EM RECURSO REPETITIVO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são recurso com fundamentação vinculada e para o seu cabimento é imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal, o que não logrou fazer o embargante. A mera irresignação com o entendimento apresentado no acórdão embargado, visando à reversão do julgado, não tem o condão de viabilizar a oposição dos aclaratórios.

2. **Na hipótese, a controvérsia foi solucionada à luz do entendimento firmado pela 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 do CPC, 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.**

3. **Apenas nos casos de multirreincidência ou reincidência específica é feita a ressalva de não haver a compensação integral, exatamente em função do princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.**

4. Embargos de Declaração rejeitados (EDcl no AgRg no AREsp 756.895/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/04/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CRIME. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 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, o que não ocorre na espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004.) 3. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas. In casu, verifica-se ser o réu reincidente em crime patrimonial, pois foi condenado definitivamente por roubo.

4. Em fundamentação autônoma, inviabiliza-se o reconhecimento do crime bagatela, porquanto o crime de furto foi qualificado devido à existência de comparsas, circunstância concreta desabonadora, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, suficiente para impedir a aplicação do referido brocardo. Tais circunstâncias obstam o reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas - mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação -, bem como em razão da contumácia do paciente na prática de delitos contra o patrimônio.

5. Consoante julgamento da Terceira Seção desta Corte Superior, sob o rito dos recursos repetitivos, em sede do EREsp 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento no sentido da possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, dependendo das circunstâncias concretas de reprovação. Malgrado ter sido confissão do réu efetivamente valorada em sentença, influenciando no convencimento do magistrado acerca da materialidade e da autoria dos crimes, a circunstância de sua reincidência ser específica em crimes patrimoniais demonstra maior reprovabilidade da conduta, suficiente a inviabilizar a compensação, porquanto preponderante no caso concreto, haja vista o evidente desprezo ao ordenamento jurídico e ao caráter pedagógico da pena, em especial à sua finalidade de prevenção especial negativa.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 313.851/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/04/2016).

Nesse contexto, quanto ao ponto, não há ilegalidade a ser corrigida no *decisum* proferido pelo Tribunal *a quo*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação ao regime prisional, não havendo modificação na dosimetria da pena, inaplicável, ao caso, o Enunciado Sumular n. 269 do STJ, que prevê:

Sumula 269 STJ - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Dessarte, em se tratando de paciente reincidente com pena total fixada em 4 anos e 8 meses de reclusão, ou seja, superior a 4 anos, não há que se falar em modificação do regime prisional estabelecido pelas instâncias ordinárias, em respeito ao disposto no art. 33 do Código Penal e à orientação jurisprudência deste Tribunal Superior.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0236538-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.266 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00368181520118260050 050110368185 20140000427606 227 368181520118260050
50110368185 7022011

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO DA SILVA GOMES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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