



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.300 - RJ (2015/0152207-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
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 : CARLOS HENRIQUE BRAZ DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.300 - RJ (2015/0152207-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : CARLOS HENRIQUE BRAZ DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de CARLOS HENRIQUE BRAZ DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, nos autos da Apelação Criminal n. 0031977-14.2014.8.19.0002, negou provimento ao apelo defensivo e manteve a condenação do ora paciente às penas de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 25 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, c/c art. 61, inciso I, do Código Penal.

Na presente impetração, busca a defesa a redução da pena-base, sob o fundamento de que não houve fundamentação concreta para o afastamento do mínimo legal. Aduz que inexistem elementos para a valoração negativa da personalidade e da conduta social, pois baseada apenas nas anotações da folha de antecedentes do acusado.

Além disso, sustenta que "*o mesmo fundamento – anotações penais transitadas em julgado – serviu, a um mesmo tempo, para forjar a circunstância judicial dos maus antecedentes, da personalidade e da conduta social*" (e-STJ fl. 5).

Prossegue alegando que "*a existência de condenações transitadas em julgado, ao mesmo tempo, exasperaram a pena base equivocadamente, como demonstrado, e repercutiram no reconhecimento de reincidência, na segunda etapa da dosimetria da pena*" (e-STJ fl.6).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta, por fim, que a atenuante da confissão prepondera sobre a reincidência, motivo pelo qual requer a compensação entre as mesmas.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (e-STJ fls. 62/64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.300 - RJ (2015/0152207-4)

VOTO

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

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que negou provimento ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como é cediço, no tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (*HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015*).

A Magistrada *a quo*, ao fixar as penas do acusado, consignou que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena.

1ª FASE: Atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal, verifica-se que a conduta social do acusado deve importar em exasperação da reprimenda, bem como o fato de ter o mesmo personalidade voltada para a criminalidade, como se vê na sua FAC (fls. 30/35), contendo inclusive sentenças condenatórias (fls. 31, 32, 32v). Por tais razões, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, à razão unitária mínima.

2ª FASE: Há a agravante da reincidência conforme fls. 31v, que deverá ser compensada com a atenuante da confissão (art. 65, III, d, CP), porém devendo preponderar a primeira de acordo com o artigo 67 do CP, razão pela qual exaspero a pena em 4 (quatro) meses de reclusão e 4 (quatro) dias- multa, resultando em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 19 (dezenove) dias- multa.

3ª FASE: Reconheço, outrossim, a causa de aumento prevista no inciso I, do §2º do tipo, e elevo a pena em 1/3 (um terço), para fixá-la em 07 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, à razão unitária mínima, tornando-a definitiva nesse patamar, à mingua de outras causas modificativas da pena.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, negou provimento ao recurso, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa:

APELAÇÃO DEFENSIVA. RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 157, §2º, I, N/F DO ARTIGO 61, I, AMBOS DO CP, À PENA DE 07 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. Não prospera a tese defensiva. Da prova dos autos emerge, com inafastável certeza, que o delito foi praticado mediante emprego de arma de fogo. Relevância da palavra da vítima. Prescindível a apreensão da arma para o fim de caracterizar a causa de aumento, desde que suprida por outro meio de prova. Andou bem o magistrado sentenciante ao sopesar a personalidade do acusado, a partir da análise de sua FAC. O Apelante é reincidente específico em crimes patrimoniais, ostentando, além disso, maus antecedentes. Correta a exasperação. A confissão parcial é mero exercício de autodefesa não permitindo a aplicação da atenuante. O regime para cumprimento de pena foi fixado de forma correta, tendo em vista ser o regime fechado o único compatível com a reprimenda necessária ao delito dessa natureza, cometido com emprego de violência a impossibilitar a defesa das vítimas, além do que, por óbvio, outro regime não seria o mais adequado e suficiente como reprimenda, a teor do disposto nos artigos 33 e 59, ambos do CP. RECURSO CONHECIDO E AO QUAL NEGO PROVIMENTO PARA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANTER A SENTENÇA COMBATIDA NOS EXATOS TERMOS EM QUE FOI PROFERIDA. (e-STJ fl. 44).

Constata-se que a pena-base do paciente foi fixada em 5 anos de reclusão, no caso, 1 ano acima do mínimo legal, com base na valoração negativa da conduta social e da personalidade do agente, ante a presença de condenações em desfavor do ora paciente. Na segunda fase, a sentenciante reconheceu a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, mas, por entender que esta última prevalece sobre a primeira, não promoveu a compensação entre elas e aumentou a pena-base em 4 meses. Por fim, na terceira fase, a pena foi aumentada na fração mínima de 1/3, ante a majorante do emprego de arma de fogo.

O Tribunal de origem manteve a pena estabelecida na sentença, tendo o voto condutor do acórdão destacado que *"o aumento da pena-base acima do mínimo está plenamente justificado diante da conduta realizada pelo apelante, que ameaçou a vítima utilizando arma de fogo. Além do mais, a folha de antecedentes criminais do acusado é apta a apontar a sua reincidência, além de seus maus antecedentes"* (e-STJ fl. 47).

Na segunda fase, asseverou que *"não há que se falar em confissão quando ela se dá de forma parcial. O acusado não confessou, apenas exerceu seu direito de autodefesa, tentando fazer acreditar que não cometeu o crime de roubo utilizando-se de arma de fogo. Porém, ainda que a confissão parcial do réu pudesse ser levada em consideração, a reincidência há de preponderar, conforme preceitua o artigo 67 do CP"* (e-STJ fl. 48).

Compulsando os autos, entendo que agiu com acerto as instâncias ordinárias ao valorarem negativamente as circunstâncias judiciais da personalidade, conduta social e dos antecedentes do ora paciente.

Sabe-se que as anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa dos vetores elencados no art. 59 do Código Penal, *ex vi* da Súmula n. 444/STJ, segundo a qual *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, no caso, pela leitura da folha de antecedentes criminais acostada às e-STJ fls. 14/20, constata-se a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, que transitaram em julgado nas seguintes datas: 9/4/1999, 26/4/2010, 18/10/2010 e 30/3/2012.

Saliente-se, por oportuno, que o crime narrado no caso em comento data de 9/12/2013 e, embora o processo com trânsito em julgado em 9/4/1999 tenha ultrapassado o prazo de 5 cinco anos para efeitos da reincidência, não há óbice para a sua utilização na primeira fase da dosimetria da pena.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES E DEFINITIVAS. FOLHA DE ANTECEDENTES. VALOR PROBATÓRIO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. A folha de antecedentes criminais possui fé pública e valor probante para o reconhecimento das informações nela certificadas.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.

3. 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 ne bis in idem. (...)

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 272.899/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 18/9/2014, DJe 2/10/2014) - (grifei).

Assim, pesando contra o acusado quatro condenações com trânsito em julgado, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência, constata-se que, a teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado na presente via.

A propósito, destaco:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CITAÇÃO DO CONCEITO. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE NÃO DEMONSTRADO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, DISTINTAS DA UTILIZADA, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA, QUANTO A UM DOS PACIENTES. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA QUANTO AO OUTRO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONDUTA SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MOTIVOS. COBIÇA E LUCRO FÁCIL. RAZÃO INERENTE AOS DELITOS PATRIMONIAIS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ESPECIAL GRAVIDADE DEMONSTRADA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VÍTIMAS ATEMORIZADAS E RECUPERAÇÃO PARCIAL DA RES FURTIVA. DECORRÊNCIAS COMUNS AOS DELITO DE ROUBO. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. AMBAS PREPONDERANTES. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. A valoração negativa dos antecedentes e da personalidade, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência, não configura constrangimento ilegal. Precedentes.

4. A teor do disposto na Súmula 444/STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas dos pacientes FRANCISCO e JOSÉ APARECIDO, respectivamente, a 6 anos e 8 meses de reclusão e 21 dias-multa e a 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa. (HC 96.999/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. POSSE TRANQUILA DA RES. PRESCINDIBILIDADE. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. REGIME INICIAL FECHADO. SÚMULA 440 DO STJ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

(...)

4. Pacificado nesta Corte que não caracteriza bis in idem "quando são consideradas condenações distintas para aumentar a pena na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira fase, em razão dos maus antecedentes e na segunda fase, pela reincidência" (HC 266.712/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 26/06/2015).

5. Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou a compreensão de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito (Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF).

6. No caso, embora o Tribunal a quo tenha fixado o regime prisional mais severo baseado na gravidade abstrata do delito, a reincidência delitiva do paciente, cuja reprimenda foi fixada acima do patamar mínimo, justifica a imposição do regime fechado, nos termos do art. 33 do Código Penal e da jurisprudência deste Tribunal. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 314.642/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 1/9/2015) - (grifei).

Por outro lado, em relação à atenuante da confissão, cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, é incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM REINCIDÊNCIA.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.

2. É devida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10/3/2015, DJe 19/3/2015).

No caso, a sentenciante reconheceu a atenuante em questão, mas entendeu que, havendo a agravante da reincidência, esta deveria preponderar sobre a aquela e, em decorrência, a pena foi aumentada em 4 meses de reclusão e 4 dias-multa.

O Tribunal de origem, como já dito, entendeu que não seria o caso de reconhecimento da confissão, visto que parcial. Contudo, asseverou: *"ainda que a confissão parcial do réu pudesse ser levada em consideração, a reincidência há de preponderar, conforme preceitua o artigo 67 do CP"* (e-STJ fl. 48).

Nesse ponto, ressalte-se que não pode o Tribunal *a quo*, em julgamento de recurso exclusivo da defesa, excluir atenuante reconhecida na sentença, sob pena de *reformatio in pejus*. Assim, mesmo que parcial, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, tal como fez a sentenciante.

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

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 FÁRIA, Quinta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 01/10/2015) - (grifei).*

Assim, restando apenas uma condenação definitiva utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do CP ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

A propósito:

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 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. 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".*

(...)

6. *O reconhecimento da reincidência com fundamento em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

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

Em decorrência, mantida a pena-base de 5 anos de reclusão e 15 dias-multa, excludo, na segunda fase, o aumento decorrente da reincidência de 4 meses e 4 dias-multa fixado pelo juízo *a quo*, ante a compensação de referida agravante com a confissão. Por fim, na terceira fase, mantida a fração aumento de 1/3, pela majorante do emprego de arma de fogo, resta a pena definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa.

Em arremate, deve ser mantido o regime fechado para o resgate da sanção corporal, tal como determinado pelo magistrado singular, diante da gravidade concreta do ilícito praticado, da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência do acusado, conforme autoriza o artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem *ex officio* para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente nos termos acima expendidos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0152207-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 328.300 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00319771420148190002 319771420148190002

EM MESA

JULGADO: 13/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

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	: CARLOS HENRIQUE BRAZ DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.