



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.285 - RJ (2017/0057136-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : VALDIR MAGNO COSTA FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUMENTO DESPROPORCIONAL. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Na espécie, o aumento da pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses em razão da existência de uma anotação penal configuradora de maus antecedentes mostra-se desproporcional, devendo ser, por isso, redimensionada.

II - A col. **Terceira Seção** deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência"*.

III - Constatada a reincidência do paciente e mantida a circunstância judicial desfavorável (antecedentes), mostra-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, não sendo aplicável a Súmula n. 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"* (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena do paciente pelo crime de roubo tentado em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de junho de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.285 - RJ (2017/0057136-5) RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de VALDIR MAGNO COSTA FERREIRA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, na Apelação n. 0327425-96.2015.8.19.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso nas sanções do art. 157, **caput**, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado.

Irresignados, o Ministério Público estadual e a defesa interpuseram recurso de apelação perante o eg Tribunal de origem, que, à unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso do ministerial para condenar o paciente pelo crime previsto no art. 329 do Código Penal à pena de 3 (três) meses e 26 (vinte e seis) dias de detenção, em regime inicial semiaberto. Eis a ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES, TENTADO (ART. 157, CAPUT, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL).

ACUSADO QUE SUBTRAIU, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, O CELULAR DA VÍTIMA, ABORDANDO-A E DIZENDO: "PÁRA AI; PERDEU FICA TRANQUILA, SÓ ME ABRAÇA", E ANDOU ABRAÇADO COM ESTA POR ALGUNS METROS. ATO CONTINUO, PERGUNTOU A VÍTIMA O QUE ELA TINHA PARA LHE DAR, TENDO A MESMA RESPONDIDO QUE SOMENTE ESTAVA EM PODER DE UM CELULAR. SENDO ASSIM, O DENUNCIADO PEGOU O CELULAR E DISSE: 'TÁ DE SACANAGEM COMIGO? ME ABRAÇA E NÃO DEMONSTRA NERVOSISMO', ALÉM DE INFORMAR QUE ESTAVA NA RUA PARA MATAR OU MORRER, QUE IRIA ANDAR COM ELA ATÉ A SERRA, E AINDA A AMEAÇOU DIZENDO QUE SE ENCONTRASSE ALGO NA BOLSA DA MESMA, O NEGÓCIO IA FICAR FEIO. EM DADO MOMENTO, COMEÇOU A XINGAR A VÍTIMA DIZENDO: 'O PIRANHA VOCÊ QUER ME PREJUDICAR?

NÃO TENHO MEDO DE NADA NÃO'. MOMENTOS APÓS, OS DOIS PASSARAM POR UM GRUPO DE GARIS, E A VÍTIMA FEZ UM SINAL, TENDO O REFERIDO GRUPO PERCEBIDO QUE A MESMA ESTAVA SENDO ASSALTADA E COMEÇARAM A GRITAR.

ENTÃO, O ACUSADO A SOLTOU E TENTOU CORRER,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTUDO POPULARES CONSEGUIRAM DETÊ-LO, E DEVOLVERAM À VÍTIMA O CELULAR QUE ESTAVA EM PODER DO DENUNCIADO, QUANDO CHEGOU A AUTORIDADE MILITAR, SENDO QUE, NO MOMENTO DA PRISÃO, O ACUSADO DEBATEU-SE E ENTROU EM LUTA CORPORAL COM A GUARNIÇÃO, TENDO RESISTIDO, PORTANTO À PRISÃO A FIM DE SE OPOR À EXECUÇÃO DE ATO LEGAL.

PRETENSÃO MINISTERIAL À REFORMA DA SENTENÇA PARA QUE O RÉU SEJA CONDENADO TAMBÉM PELO CRIME DE RESISTÊNCIA QUE SE ACOLHE, ESPECIALMENTE PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE, OS RELATOS DETALHADOS, COERENTES E CONVERGENTES DA VÍTIMA E DO POLICIAL, IRRELEVANTE QUE DA RESISTÊNCIA RESULTE LESÕES CORPORAIS. PRETENSÃO DEFENSIVA À REDUÇÃO DA PENA BASE QUANTO AO CRIME DE ROUBO QUE NÃO SE CONCEDE.

AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SÃO DESFAVORÁVEIS AO ACUSADO, O QUAL OSTENTA EM SUA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS (FLS. 40/49) DIVERSAS ANOTAÇÕES QUE CARACTERIZAM MAUS ANTECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA BASE AQUÉM DO MÍNIMO EM RAZÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO IMPOSSÍVEL. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (ART. 59, II, DO CÓDIGO PENAL).

COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA INVIÁVEL.

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA PREPONDERANTE SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL.

APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA QUE NÃO SE CONCEDE. REDUÇÃO APLICADA PELO SENTENCIANTE DE 1/2 COMPATÍVEL COM O ITER CRIMINIS PERCORRIDO PELO AGENTE, QUE MUITO SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO.

IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO QUE SE NEGA.

REGIME FECHADO ÚNICO ADEQUADO AOS OBJETIVOS REPRESSIVO/PREVENTIVO DA PENA. DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL PARA CONDENAR O RÉU, TAMBÉM, COMO INCURSO NAS PENAS DO ART. 329 DO CÓDIGO PENAL" (fls. 18-21).

Dá o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em breve síntese, que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão de ilegalidade verificada na dosimetria da pena **referente ao crime de roubo tentado**, a uma, pelo aumento da pena-base de maneira desproporcional, a duas, pela possibilidade de compensação da reincidência com a atenuante da confissão, e a três, pela possibilidade de fixação do regime semiaberto na hipótese.

Pedido liminar **indeferido** às fls. 78-79.

Informações prestadas às fls. 87-95.

No parecer, o **Parquet** Federal manifesta-se pelo não conhecimento do **habeas corpus** (fls. 99-109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.285 - RJ (2017/0057136-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUMENTO DESPROPORCIONAL. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Na espécie, o aumento da pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses em razão da existência de uma anotação penal configuradora de maus antecedentes mostra-se desproporcional, devendo ser, por isso, redimensionada.

II - A col. **Terceira Seção** deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência"*.

III - Constatada a reincidência do paciente e mantida a circunstância judicial desfavorável (antecedentes), mostra-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, não sendo aplicável a Súmula n. 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"* (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena do paciente pelo crime de roubo tentado em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Para melhor delimitar a **quaestio**, colaciono o que dispôs a r. sentença condenatória, quanto à fixação da pena-base e a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, pontos contra os quais se insurge a impetrante:

"Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, do CP, verifico que a pena base deve ser fixada acima do mínimo legal. A culpabilidade é normal ao tipo penal. O réu tem maus antecedentes, diante das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª anotações da FAC de fls. 40/49. Não há nos autos informe seguro com relação à conduta social do réu e à sua personalidade, de modo que ambas não podem prejudicá-lo. As circunstâncias e as consequências do crime são ordinárias. O motivo do crime e o comportamento da vítima não impõem o aumento da pena. Logo, é razoável aumentar a pena em 1/6, considerando cada uma das quatro condenações acima aludidas, o que gera o aumento total de 4/6. Assim, fixo a pena base em 6 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, no valor mínimo unitário, de acordo com o art. 60, caput, do CP.

Considerando a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, porque o réu confessou, e considerando a circunstância agravante prevista no art. 61, I, do CP, porque o réu é reincidente, a pena deve ser majorada. Veja-se que a 5ª anotação da FAC de fls. 40/49. Cabe lembrar que a reincidência é circunstância preponderante, conforme o art. 67, caput, do CP. Logo, é razoável aumentar a pena em um 1/6. Por isso, fixo a pena intermediária em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 18 dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no valor mínimo unitário, de acordo com o art. 60, caput, do CP

Considerando a presença da causa de diminuição de pena prevista no art. 14, parágrafo único, do CP, e considerando a ausência de causa de aumento de pena, diminuo a reprimenda em 1/2, diante do caminho do crime percorrido. Assim, fixo a pena definitiva em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 9 dias-multa, no valor mínimo unitário, de acordo com o art. 60, caput, do CP" (fls.73 - 74).

O eg. Tribunal de origem manteve o entendimento **a quo**, com a seguinte fundamentação:

"A pena base do crime de roubo foi exasperada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, o qual ostenta em sua Folha de Antecedentes Criminais (fls. 40/49) diversas anotações que comprovam os maus antecedentes.

Com relação à atenuante da confissão, a pretensão, de igual forma, não deve prevalecer ante a vedação legal contida no art.

59, II, do Código Penal, que estabelece que a pena será fixada 'dentro dos limites previstos.

Objetiva, de outra banda, a defesa a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, no que não tem melhor sorte.

Como se sabe, no concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão, na forma do art. 67 do Código Penal, razão pela qual esta não poderia ser compensada com a agravante da reincidência" (fls. 27-28).

Com relação à pena-base, nota-se do trecho acima transcrito que o seu aumento encontra-se devidamente justificado na existência de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, valorada negativamente com base em elementos concretos e contra o qual não se insurge a impetrante.

Quanto ao acréscimo procedido pela r. sentença e mantido pelo eg. Tribunal de origem, este sim o ponto de insurgência, verifico sua procedência.

De fato, na espécie, o exame da **quaestio** evidencia, **a meu ver**, a **desproporcionalidade** na fixação da pena base, pois, mesmo considerando as 4 (quatro) anotações penais, há apenas 1 (uma) circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), razão pela qual a pena-base não deveria ter sido acrescida em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão.

Desse modo, como o r. **decisum** viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é de rigor a imposição do patamar de aumento em 1/6 (um sexto), fator que torna a pena-base do crime de roubo tentado em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Sobre o tema:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena **caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.**

IV - O aumento da pena-base acima do mínimo legal em 1 (um) ano em razão de maus antecedentes, tendo em vista anterior condenação por tráfico de drogas, evidencia, **in casu**, violação ao art. 59 do Código Penal.

V - Prevalece o entendimento perante esta eg. Corte Superior de que apesar do silêncio legislativo sobre os patamares (frações) utilizados para o aumento da pena ante a agravante de **reincidência**, tal acréscimo em proporção superior a 1/6 (um sexto) deve ser devidamente fundamentado.

VI - Desacompanhado de qualquer outra fundamentação, o aumento da pena pela reincidência, em patamar de 1/3 (um terço), em razão de apenas uma anotação de reincidência deve ser reduzido para 1/6 (um sexto). Precedentes.

VII - A despeito do montante final da pena (2 anos, 8 meses e 20 (vinte) dias de reclusão), as circunstâncias da reincidência e maus antecedentes, revelam a adequação do regime inicial de cumprimento de pena no fechado.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas para redimensionar a pena, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado" (HC n. 303.841/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 24/2/2015, grifei).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 121, **CAPUT**, C.C. ART. 14, II, **CÓDIGO PENAL**. (1) **IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL**. **IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA**. **CONDENAÇÃO**. (2) **PENA-BASE**. **DESPROPORCIONALIDADE**. **ILEGALIDADE FLAGRANTE**. (3) **PENA-BASE INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO**. **CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ANTECEDENTES)**. **REGIME INICIAL SEMIABERTO**. **ADEQUAÇÃO**. (4) **WRIT NÃO CONHECIDO**. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO**.

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

2. Considerando a sanção abstrata prevista para o crime de homicídio - 6 a 20 anos -, não parece razoável a fixação da pena-base (8 anos e 6 meses de reclusão) do paciente, em decorrência da valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais (antecedentes). O **decisum** viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo de rigor a imposição do patamar de aumento em 1/6 (um sexto), fator que define a pena-base em 7 anos de reclusão. Esclareça-se que em razão da atenuante da confissão espontânea e da tentativa, a reprimenda fica estabelecida em 3 anos e 3 meses de reclusão.

3. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, redimensionada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é apropriada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que existe circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes).

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto" (HC n. 216.552/MS, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/10/2013).

"**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO**. **ROUBO**. 1) **DOSIMETRIA**. **PENA-BASE**. **MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS**. **DUAS CONDENAÇÕES**. **ACRÉSCIMO DE 1/3 DA PENA-BASE**. **DESPROPORCIONAL**. **REDUÇÃO DO AUMENTO AO PATAMAR DE 1/4**. 2) **ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP**. **QUANTIDADE DE PENA PROVISÓRIA CUMPRIDA**. **IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL NÃO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*AFETADA NO CASO EM TELA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E DA REINCIDÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

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

– As condenações definitivas que não prestam para fins de reincidência, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, podem ser utilizadas como circunstância judicial desfavorável dos maus antecedentes.

– Em regra, para cada circunstância judicial desfavorável se adota a fração de 1/6 para o acréscimo da pena-base. No caso em tela, foram duas as condenações anteriores que configuraram os maus antecedentes, o que não justifica o acréscimo de 1/3 da pena-base, sendo necessária a redução do aumento para o patamar de 1/4, em razão da proporcionalidade que se espera na dosimetria da pena.

– O art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, presta para que seja considerada a pena provisória já cumprida na imposição do regime inicial ao tempo da sentença, nos termos do artigo 33 do Código Penal. No caso em tela, a pena a cumprir, desconsiderado o tempo de prisão preventiva, manteve-se em patamar superior a 4 anos de reclusão, devendo, portanto, ser mantido o regime fechado ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência.

*– **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena imposta aos pacientes" (HC n. 330.234/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Marinho** - Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 3/11/2015).*

Quanto ao pleito de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nota-se que instâncias ordinárias afastaram tal operação, por entender que a reincidência prepondera sobre a confissão.

Ocorre que, uma vez reconhecida a atenuante, como foi no caso, deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois a col. **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, firmou 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*", nos termos do v. acórdão que restou assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido" (REsp n. 1.341.370/MT, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013).

Desse modo, na segunda fase da dosimetria, mantenho a pena no patamar anteriormente estabelecido, ou seja, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na derradeira etapa, mantenho a diminuição da pena, em razão da tentativa, na fração de 1/2 (metade), de modo que fixo a pena definitiva do paciente em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, para o delito de roubo tentado.**

Por fim, quanto ao pleito de alteração do regime inicial estabelecido para o crime patrimonial, razão não assiste à impetrante.

Isso porque constatada a reincidência do paciente e mantida a circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), mostra-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, não sendo aplicável a Súmula n. 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"*.

A incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, o que não ocorre na espécie. Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. OFENSA À SÚMULA N. 444/STJ. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. ACUSADO REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO.

[...]

- A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

- Inexiste ofensa à Súmula n. 444/STJ, uma vez que a exasperação da pena-base operou-se com lastro em condenações definitivas (uma por receptação e duas por porte de arma), e não em processos em andamento, como sustentou o impetrante, tendo, ainda, respeitado o primado da proporcionalidade, devendo ser mantida, em obediência à discricionariedade do julgador.

- 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 do paciente 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 impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime fechado estabelecido na sentença. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 329.644/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 14/10/2016, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. PENA INTERMEDIÁRIA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. DETRAÇÃO. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. *Inexiste bis in idem se a pena-base do paciente foi aumentada por força dos maus antecedentes, fazendo-se referência a determinadas condenações, e, na segunda fase, incidiu a agravante da reincidência em decorrência de outra condenação diversa.*

5. *Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.*

[...]

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente" (HC n. 359.871/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10/10/2016, grifei).*

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. SÚMULA N. 269 DO STJ. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. *É válida a imposição do regime inicial fechado ao réu reincidente que teve a circunstância judicial considerada desfavorável, mesmo quando condenado a pena inferior a 4 anos. Súmula n. 269 do STJ.*

4. *Agravo regimental não provido" (AgInt no HC n. 323.418/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 21/6/2016, grifei).*

Ante o exposto, não conheço **do habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para fixar a pena do paciente pelo crime de roubo tentado em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**. Mantenho os demais termos estabelecidos **a quo**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0057136-5

HC 392.285 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03274259620158190001 3274259620158190001

EM MESA

JULGADO: 06/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. 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	: VALDIR MAGNO COSTA FERREIRA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.