



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 460.831 - SP (2018/0184093-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUAN CAMPOS BOLDRINI - RJ0183332
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ GABRIEL GOMES
PACIENTE : DEIVID OLIVEIRA DOS SANTOS
PACIENTE : ALEX DA SILVA FRANCISCO

EMENTA

PENA. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. **PRELIMINAR**. 1º PACIENTE PRIMÁRIA. FALTA DE INTERESSE AGIR. DOSIMETRIA. 2º E 3º PACIENTES. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **POSSIBILIDADE**. IGUALMENTE PREPONDERANTES. PRECEDENTES. 1º PACIENTE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - 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 a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - **Preliminarmente**, no que se refere ao paciente JOSÉ GABRIEL, embora tenha sido requerida em seu favor a **compensação da confissão com a reincidência**, a sentença o reconheceu como **primário**, o que afasta, no ponto, o interesse de agir da impetrante.

IV - As instâncias ordinárias afastaram a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, com fundamento no disposto pelo art. 67, do Código Penal.

V - Interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entende que a **atenuante da confissão e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes**, razão pela qual devem ser compensadas, via de regra.

VI - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.

VII - A **Terceira Seção** deste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 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"**.

VIII - Os requisitos para a imposição do regime **aberto**, constam no art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

IX - **In casu**, ainda que a pena tenha sido fixada em um patamar abaixo de 4 (quatro) anos, **o paciente detém circunstância judicial desfavorável**, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos, ao disposto pelo artigo 33, § 2º, alínea **c**, do Código Penal.

X - Considerando o **quantum** de pena estabelecido e a existência de **circunstância judicial desfavorável**, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**, aplicado pelas instâncias ordinárias, mostra-se adequado ao caso, nos termos do art. 33, parágrafo 3º do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** apenas para redimensionar a reprimenda definitiva dos pacientes DEIVID E ALEX, com a devida compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, para **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos da 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 460.831 - SP (2018/0184093-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUAN CAMPOS BOLDRINI - RJ0183332
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ GABRIEL GOMES
PACIENTE : DEIVID OLIVEIRA DOS SANTOS
PACIENTE : ALEX DA SILVA FRANCISCO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de JOSÉ GABRIEL GOMES, DEIVID OLLIVEIRA DOS SANTOS e ALEX DA SILVA FRANCISCO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal e Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0034086-82.2015.8.26.0224.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instâncias, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, nos seguintes termos: ALEX e DEIVID foram condenados ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, no regime **fechado**, e pagamento de 10 (dez) dias multa e JOSÉ ao cumprimento de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, no regime **semiaberto**, e pagamento de 9 (nove) dias multa (fls. 18-41).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento aos apelos, em v. acórdão assim ementado:

*"Roubo majorado Art. 157, §2º, incisos I, II e V do CP
Absolvição Impossibilidade - materialidade e autoria devidamente comprovadas Robusto conjunto probatório Confissões dos réus de acordo com as demais provas do processo Pena base fixada acima do mínimo por conta da circunstâncias judiciais negativas do delito Reincidência é preponderante à confissão Penas e regimes mantidos Apelo ministerial para condenar os acusados pela prática do crime de associação criminosa Impossibilidade Não há provas nos autos da união estável e permanente entre os acusados para o fim de cometer crimes Pleito ministerial para condenar REGINALDO e ALBERTO por crimes de roubo autônomos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inviável Dolo dos réus inexistentes pois a conduta era inerente à subtração do estabelecimento comercial - Recursos defensivos e ministerial improvidos" (fl. 45).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência na dosimetria dos pacientes.

Para tanto, sustenta, que "[...] se o juízo considera existente um crime e declara ser o réu seu autor amparado – ainda que inter alia – na admissão deste de que praticou, mesmo que parcialmente, a conduta atribuída pela acusação, tal gesto cooperativo deve favorecê-lo no momento de determinação de sua pena, não apenas por indicar aspecto positivo de sua personalidade como também por dar maior certeza ao julgador de que a condenação é justa" (fl. 3).

Assevera, ademais, que "[...] o art. 67 do Código Penal que, no concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos do crime, da personalidade do agente e da reincidência" (fl. 4).

Além disso, argumenta, que "Por ser a confissão circunstância de extrema importância, relacionada à personalidade do agente, deve ela preponderar sobre as demais de natureza subjetiva, inclusive sobre a reincidência" (fl. 4).

Por fim, com relação ao paciente JOSÉ GABRIEL, aduz "[...] merece ser modificado o regime prisional fixado para o início do cumprimento da reprimenda, eis que se mostra excessivamente rigoroso para o caso sob apreço. Pois, a fixação de regime semiaberto frente a circunstâncias do caso em questão contraria de forma patente o princípio da isonomia, da razoabilidade e a individualização da pena" (fl. 8).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja aplicada a atenuante da confissão espontânea com relação a todos os pacientes e consequentemente compensadas com a reincidência, fixando, ainda, o regime aberto para o paciente JOSÉ GABRIEL.

Não houve pedido liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 95-96.

O Ministério Público Federal, às fls. 84-92, manifestou-se não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. NÃO CABIMENTO. MULTIRREINCIDÊNCIA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PENA- BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO.

1. A impetração de habeas corpus como substitutivo de recurso é indevida e deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional.

2. A confissão não é circunstância preponderante, para os fins do art.

67 do Código Penal, desassociada que é dos motivos determinantes do crime e da personalidade do agente, constituindo, a rigor, estratégia de defesa.

3. Embora admitida pelo STJ a compensação da confissão espontânea com a reincidência, a jurisprudência ressalva as situações de multirreincidência e reincidência específica, caso dos autos.

4. Não configura constrangimento ilegal a determinação de regime prisional mais gravoso quando a pena-base, pela existência de circunstância judicial desfavorável, é majorada acima do mínimo legal.

5. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus" (fl. 84).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 460.831 - SP (2018/0184093-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUAN CAMPOS BOLDRINI - RJ0183332
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ GABRIEL GOMES
PACIENTE : DEIVID OLIVEIRA DOS SANTOS
PACIENTE : ALEX DA SILVA FRANCISCO

EMENTA

PENA. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. **PRELIMINAR**. 1º PACIENTE PRIMÁRIA. FALTA DE INTERESSE AGIR. DOSIMETRIA. 2º E 3º PACIENTES. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **POSSIBILIDADE**. IGUALMENTE PREPONDERANTES. PRECEDENTES. 1º PACIENTE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - 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 a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - **Preliminarmente**, no que se refere ao paciente JOSÉ GABRIEL, embora tenha sido requerida em seu favor a **compensação da confissão com a reincidência**, a sentença o reconheceu como **primário**, o que afasta, no ponto, o interesse de agir da impetrante.

IV - As instâncias ordinárias afastaram a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, com fundamento no disposto pelo art. 67, do Código Penal.

V - Interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a **atenuante da confissão e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes**, razão pela qual devem ser compensadas, via de regra.

VI - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.

VII - A **Terceira Seção** deste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 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"**.

VIII - Os requisitos para a imposição do regime **aberto**, constam no art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

IX - **In casu**, ainda que a pena tenha sido fixada em um patamar abaixo de 4 (quatro) anos, **o paciente detém circunstância judicial desfavorável**, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos, ao disposto pelo artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

X - Considerando o **quantum** de pena estabelecido e a existência de **circunstância judicial desfavorável**, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**, aplicado pelas instâncias ordinárias, mostra-se adequado ao caso, nos termos do art. 33, parágrafo 3º do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** apenas para redimensionar a reprimenda definitiva dos pacientes DEIVID E ALEX, com a devida compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, para **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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**.

Inicialmente, cumpre registrar que 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 a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Preliminarmente, no que se refere ao paciente JOSÉ GABRIEL, embora tenha sido requerida em seu favor a **compensação da confissão com a reincidência**, a sentença o reconheceu como **primário**, o que afasta, no ponto, o interesse de agir da impetrante. Vejamos:

"I. Em relação ao acusado Josc Gabriel:

*Na dosagem das penas, **observe que o acusado é primário**, porém não se pode desconsiderar o fato de que a grave ameaça foi exercida contra mais de dez vítimas, circunstância que enseja maior reprovação da conduta praticada e justifica o aumento da pena. Assim, nesta primeira fase, acresço a pena de 1/6 fixando a pena-base em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, observados os critérios do artigo 59 do Código Penal.*

*Na segunda etapa, presentes as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, reduzo a pena ao mínimo legal, em observância ao teor da Súmula nº 231 do C. S1J. **Não há agravantes**" (fls. 31-32, grifei).*

Desta forma, carece interesse de agir ao paciente, haja vista, repito, que o mesmo é primário e não ostenta circunstância agravante da reincidência, para fins de compensação.

Com relação aos pacientes ALEX e DEIVID, para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs a r. sentença condenatória, notadamente no que diz respeito a segunda da dosimetria da pena:

"V. Em relação ao acusado Deivid:

[...]

*Na segunda etapa, presente a agravante da reincidência, pois a sentença condenatória pelo delito de roubo (Processo nº 37489/09 da 9ª Vara Criminal de São Paulo - fls. 31 do apenso) transitou em julgado para o réu em 2011 e ainda estava em cumprimento de pena. Há, ainda, a atenuante da confissão espontânea: **contudo, entendo que a agravante da reincidência deve preponderar sobre a atenuante da confissão, razão pela qual nesta fase de aplicação a pena. acresço suas penas de mais 1/6 (um sexto)**, fixando a reprimenda em 05 (cinco) anos. 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa.*

[...]

VI - Em relação ao acusado Alex:

[...]

Na segunda etapa, presente a agravante da reincidência específica, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*possuía condenações transitadas em julgado pelos Processos nº 48996/09 da 14ª Vara Criminal de São Paulo e Processo nº 6018/11 da 29ª Vara Criminal de São Paulo, ambos por roubo, bem como ainda estava em cumprimento de pena pelo último. Há, ainda, a **atenuante da confissão espontânea**: contudo, **entendo que a agravante da reincidência deve preponderar sobre a atenuante da confissão, razão pela qual nesta fase de aplicação a pena. acresço suas penas de mais 1/6 (um sexto), fixando a reprimenda em 05 (cinco) anos. 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa**" (fls. 35-36, grifei).*

Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias afastaram a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, com fundamento no disposto pelo art. 67, do Código Penal.

Ocorre que, interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a **atenuante da confissão e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes**, razão pela qual devem ser compensadas, via de regra.

Oportuno ressaltar, sobre o tema, que a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 65, III, D, E 67, AMBOS DO CP. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. TEMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA.

1. Se o Tribunal, ao apreciar a apelação, utiliza a confissão como fundamento para manter a sentença condenatória, faz o acusado jus à atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que a ela não tenha se reportado expressamente o Julgador de primeiro grau. Aplicação da Súmula 545/STJ.

2. É descabida a apreciação de matéria constitucional em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no REsp n. 1.606.166/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 13/9/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS DO CONCURSO DE AGENTES E DE USO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO DA PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONCURSO FORMAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO - QUANTIDADE DE INFRAÇÕES. [...]

2. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação, como no caso.

3. No julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a Terceira Seção deste Tribunal firmou orientação de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência" (REsp n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013). [...]

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantidos os demais termos da condenação, reduzir a pena imposta ao paciente" (HC n. 291.237/SP, **Quinta turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 2/2/2015, grifei).*

Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula n. 545/STJ: *"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal"*.

Ademais, a **Terceira Seção** deste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 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 da seguinte ementa:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, evidenciada flagrante ilegalidade, o reconhecimento e a compensação entre as referidas circunstâncias é medida que se impõe, redimensionando a reprimenda final e definitiva dos pacientes DEIVID e ALEX, com a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante reincidência, para **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena em relação ao paciente JOSÉ GABRIEL, os requisitos para a imposição do regime **aberto**, constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como **a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

In casu, ainda que a pena tenha sido fixada em um patamar abaixo de 4 (quatro) anos, **o paciente detém circunstância judicial desfavorável**, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos, ao disposto pelo artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Assim, considerando o **quantum** de pena estabelecido e a existência de **circunstância judicial desfavorável**, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**, aplicado pelas instâncias ordinárias, mostra-se adequado ao caso, nos termos do art. 33, parágrafo 3º do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE DE APRECIÇÃO NA VIA ELEITA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM SINTONIA COM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESTA CORTE. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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.

- Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao regime semiaberto imposto, pois, **embora a pena de 3 anos de reclusão comporte o regime aberto, a presença de circunstância judicial desfavorável, no caso, os maus antecedentes (fls. 54/56), que, inclusive, embasou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, permite o recrudesimento do regime imposto, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.**

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 340.084/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016).

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício** apenas para redimensionar a reprimenda definitiva dos pacientes DEIVID E ALEX, com a devida compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, para **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0184093-3

HC 460.831 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00340868220158260224 20180000259587 340868220158260224

EM MESA

JULGADO: 18/09/2018

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 DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUAN CAMPOS BOLDRINI - RJ0183332
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSÉ GABRIEL GOMES
PACIENTE	:	DEIVID OLIVEIRA DOS SANTOS
PACIENTE	:	ALEX DA SILVA FRANCISCO
CORRÉU	:	ERICK VINICIUS DE SOUZA
CORRÉU	:	REGINALDO BORGES SILVEIRA
CORRÉU	:	WASHINGTON VINICIUS ROCHA DE OLIVEIRA
CORRÉU	:	CÉSAR NASCIMENTO DOS SANTOS
CORRÉU	:	ALBERTO LEONARDO COLACIO RIBEIRO

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.