



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.891 - SP (2016/0308705-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO BATISTA GOMES AMARTIELO MEDOLA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY TADEU BARBOSA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. SÚMULA/STJ 545. RÉU REINCIDENTE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO VALORADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE E A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE RECONDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.
2. Conforme a Súmula/STJ 545, a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.
3. Hipótese na qual o Magistrado processante valorou a reincidência do réu na primeira fase do critério dosimétrico, o que implicou majoração da pena-base, sem que tenha a sentença incorrido em *bis in idem*, por não ter sido reconhecida a incidência da respectiva agravante na segunda etapa da individualização da reprimenda. Além disso, embora tenha reconhecido a atecnia do decreto condenatório, o Colegiado de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve o *quantum* de individualização da pena, por entender que o aumento de 6 (seis) meses corresponderia ao cabível caso a condenação transitada em julgado houvesse sido sopesada a título de reincidência.
4. Considerando que o réu ostentava apenas uma condenação transitada em julgado à época dos fatos sob apuração, deve ser operada a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e o *quantum* de aumento correspondente à reincidência, ainda que o Julgador de 1º grau tenha erroneamente valorado tal condenação para a exasperação da pena base, o que implica recondução da pena ao piso legal, qual seja, 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Mantida a redução da pena pela tentativa em 1/2 e diante da inexistência de outras circunstâncias a serem valoradas, a reprimenda deve ser consolidada em 2 (dois) anos de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.
6. Conforme a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Mais: de acordo com as Súmulas 718 e 719/STF, "a opinião do julgador sobre a gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

8. O Tribunal de origem considerou inadequada a valoração da reincidência na primeira fase da dosimetria, mas manteve o aumento de 6 (seis) meses. Por certo, tendo em vista que a única circunstância judicial desfavorável caracteriza a agravante da reincidência, deve ser reconhecido serem favoráveis todos os vetores do art. 59 do Código Penal. Assim, estabelecida a sanção corporal inferior 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do CP.

9. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser descontada em regime semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo reprimenda em regime mais severo, mais o pagamento de 5 (cinco) dias-multa.

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.891 - SP (2016/0308705-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO BATISTA GOMES AMARTIELO MEDOLA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY TADEU BARBOSA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **WESLEY TADEU BARBOSA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 5 (cinco) dias-multa, por infração ao art. 157, *caput*, c/c o art. 14, II, e ao art. 61, I, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 31-38).

Da sentença, foi interposta apelação pelo réu, que restou desprovida pela Corte de origem, sem discrepância de votos (e-STJ, fls. 67-118).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "na segunda fase da dosimetria da pena, a D. Magistrada deixou de reconhecer a confissão do paciente em razão de não ter sido integral, visto que, segundo ela, estes alteram a dinâmica do fato para atenuar suas consequências"; b) "a confissão faz parte da personalidade, podendo, ainda, informar os motivos determinantes do crime, assim, é forçoso reconhecer que constitui circunstância preponderante, ao lado da reincidência"; c) "apenas a reincidência, que de acordo com a Súmula 269 do STJ não impede a adoção do regime semiaberto, foi apontada como circunstância desfavorável ao paciente" (e-STJ, fls. 1-17).

Ao final, requer a concessão da ordem, a fim de que se proceda à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e se fixe o regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fl. 147).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 155-160).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.891 - SP (2016/0308705-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO BATISTA GOMES AMARTIELO MEDOLA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY TADEU BARBOSA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. SÚMULA/STJ 545. RÉU REINCIDENTE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO VALORADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE E A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE RECONDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.

2. Conforme a Súmula/STJ 545, a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

3. Hipótese na qual o Magistrado processante valorou a reincidência do réu na primeira fase do critério dosimétrico, o que implicou majoração da pena-base, sem que tenha a sentença incorrido em *bis in idem*, por não ter sido reconhecida a incidência da respectiva agravante na segunda etapa da individualização da reprimenda. Além disso, embora tenha reconhecido a atecnia do decreto condenatório, o Colegiado de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve o *quantum* de individualização da pena, por entender que o aumento de 6 (seis) meses corresponderia ao cabível caso a condenação transitada em julgado houvesse sido sopesada a título de reincidência.

4. Considerando que o réu ostentava apenas uma condenação transitada em julgado à época dos fatos sob apuração, deve ser operada a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e o *quantum* de aumento correspondente à reincidência, ainda que o Julgador de 1º grau tenha erroneamente valorado tal condenação para a exasperação da pena base, o que implica recondução da pena ao piso legal, qual seja, 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Mantida a redução da pena pela tentativa em 1/2 e diante da inexistência de outras circunstâncias a serem valoradas, a reprimenda deve ser consolidada em 2 (dois) anos de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.

6. Conforme a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Mais: de acordo com as Súmulas 718 e 719/STF, "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

8. O Tribunal de origem considerou inadequada a valoração da reincidência na primeira fase da dosimetria, mas manteve o aumento de 6 (seis) meses. Por certo, tendo em vista que a única circunstância judicial desfavorável caracteriza a agravante da reincidência, deve ser reconhecido serem favoráveis todos os vetores do art. 59 do Código Penal. Assim, estabelecida a sanção corporal inferior 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do CP.

9. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser descontada em regime semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo reprimenda em regime mais severo, mais o pagamento de 5 (cinco) dias-multa.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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

Está inscrito na sentença:

"[...] O réu Wesley é reincidente (fls. 31 do apenso de FA). Por conseguinte, fixo-lhe a pena acima do mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Deixo de reduzir a sanção em razão da confissão porque ela não foi integral e o acusado alterou a dinâmica do fato para atenuar suas consequências. Diante da tentativa, reduzo a reprimenda pela metade, considerando o *iter criminis* percorrido (o réu ingressou na casa, ameaçou a vítima, pegou envelope com o dinheiro, mas, não deixou o local, percorrendo caminho considerável para a consumação do crime), perfazendo 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 05 (cinco) dias-multa.

Isto posto, julgo a ação penal parcialmente procedente, absolvendo Maximiliano Praxedes Nazaré, qualificado nos autos, da imputação que lhe foi feita na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e condeno Wesley Tadeu Barbosa, qualificado nos autos à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, iniciando seu cumprimento em regime fechado, e ao pagamento de 05 (cinco) dias-multa, cujo valor fixo no mínimo legal, eis que a situação financeira do acusado assim recomenda, pela prática do delito descrito no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 157, parágrafo 1º, c.c. artigos 14, inciso II, e 61, inciso I, todos do Código Penal.

O comportamento do réu demonstra que solto ele agride bem jurídico alheio, cometendo crime de gravidade (roubo), causando pânico e intranquilidade na população desta cidade, razão pela qual mantenha a custódia cautelar do acusado a fim de se resguardar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal. Some-se a isso que o réu é reincidente" (e-STJ, fls. 31-38).

A Corte de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, consignou:

"[...] No caso, verifica-se que a reincidência foi a única circunstância considerada para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria, levando a uma majoração de 06 (seis) meses sobre a pena-base. Forçoso concluir, assim, que, se esse fato tivesse sido considerado na segunda fase da fixação, como de rigor, o mesmo aumento de 06 (seis) meses incidiria sobre a pena-base, fixada no seu mínimo legal, a título de circunstância agravante, restando, ao final, a pena idêntica.

Como se vê, não há ilegalidade no caso. Mas erro de técnica.

Ademais, ainda que não seja tecnicamente correta a consideração da reincidência na primeira fase da dosimetria, como o fez a Magistrada "a quo", não ocorre, na hipótese, ilegalidade, por não ter havido posterior majoração da pena na segunda fase (o que significaria inadmissível "bis in idem"). No caso, o aumento ocorreria igualmente, se tivesse havido consideração da condenação anterior como Maus antecedentes.

Assim, pese embora a inadequada consideração da circunstância agravante da reincidência, na primeira fase da dosimetria, mantenho a exasperação da pena-base no patamar em que fixada, 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa, no piso.

[...]

Na segunda fase inexistem circunstâncias agravantes (pois já considerada a reincidência na fase primeira da dosimetria) ou atenuantes a serem consideradas, pois ao contrário do pleito defensivo, a circunstância atenuante da confissão espontânea não se enquadra no caso dos autos, haja vista que o réu Wesley Tadeu não admitiu ter praticado o crime como descrito na denúncia. Em Juízo, disse "que nada subtraiu da vítima. Na sua posse apenas foi localizado um cachimbo e um isqueiro. O facão não era de sua propriedade. Pulou no imóvel para subtrair qualquer coisa. Queria comprar 'crack'" (DVD - contracapa). Qualificou a sua suposta confissão.

[...]

As mesmas razões que levaram ao exasperamento da pena-base servem de fundamento para justificar a imposição do regime prisional fechado, nos exatos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. Corolário disso, palmar que se impunha, mesmo, o regime prisional mais gravoso, já não bastassem a justificá-lo as notas da má conduta social e o timbre da desajustada personalidade. Ademais, restou comprovada a reincidência do réu Wesley Tadeu (processo-crime n. 161.01.2008.010824-7, crime de tráfico - fls. 31, do apenso).

[...]

No sentido do v. Acórdão acima, que no entendimento deste Magistrado espelha, cristalinamente, o único regime prisional passível de imposição a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu roubador, nunca é demais lembrar não colher a tese de que haveria correlação absoluta entre pobreza e banditismo, porque, ainda que assim se entendesse, de qualquer maneira, a única solução concreta, para que se tentasse erradicar o problema da violenta criminalidade, estaria na segregação do criminoso, por tempo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos exatos dizeres do art. 59, *caput*, do Código Penal, ao menos enquanto não fosse erradicada a miséria. Do contrário, poderia haver quem sustentasse que o criminoso violento pudesse sofrer frouxa punição enquanto não fossem eliminados todos os fatores socioeconômicos, que o tivessem predisposto à criminalidade? Inúmeros são os julgados que vêm impondo o regime prisional fechado aos autores de crime de roubo, cabendo em especial rememorar aqueles do mesmo extinto Tribunal de Alçada Criminal Paulista:

[...]

Além das excelentes observações acima, da lavra do então Juiz Corrêa de Moraes, precocemente falecido, mas já como Desembargador, devem ser acrescidas as que seguirão, magistralmente alinhadas pelo não menos ilustre Desembargador Ricardo Dip, que, quando ainda Juiz do Tribunal de Alçada Criminal Paulista, com a clareza e a profundidade exegéticas que lhe são peculiares, fez estudo profundo e corretíssimo acerca da escolha do regime prisional, no caso, fechado, para crimes de roubo, especialmente quando tiverem por destinatário criminosos menores de vinte e um anos de idade que, lamentavelmente, vêm sendo tratados de forma nada rigorosa, ao contrário, extremamente frouxa, por entendimentos liberais que em nada contribuem para a solução da erradicação criminal, bem ao contrário, por sinal, igualmente, em nada - contribuindo para uma eventual recuperação, aliás, de todo improvável, a prática assim revela, de criminosos desta estirpe, lembrando-se que a moderna pedagogia ensina que não é com o abrandamento da Lei que se estará ajudando a melhoria do sistema carcerário. É certo que, basicamente, as considerações abaixo servem, especificamente, para criminosos roubadores menores de vinte e um anos de idade; mas não é menos certo que, se lidas com olhos atentos, voltados para a realidade concreta, para o dia-a-dia das Comarcas paulistas, poder-se-á concluir que elas servem, também, com as adaptações necessárias, para criminosos roubadores primários, com bons antecedentes criminais, para todas as modalidades de crimes de roubo, ressalvado, sempre, o estudo individualizado do caso concreto" (e-STJ, fls. 100-110).

Com efeito, conforme a Súmula/STJ 545, a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

IV - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. (Precedentes STF e STJ).

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

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, devendo o processo retornar ao eg. Tribunal de origem para nova dosimetria da pena" (HC 331.946/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 01/12/2015, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRÁTICA DELITIVA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

2. Assim, tendo o paciente confessado o crime, merece ser concedida a ordem para reconhecer a incidência da referida atenuante.

[...]

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 272.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015, grifou-se).

In casu, verifica-se que o paciente confessou parcialmente a prática delitiva e, nos termos da sentença, tais manifestações serviram de fundamento para o juízo condenatório, o que denota a necessidade de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Ademais, o Magistrado processante valorou a reincidência do réu na primeira fase do critério dosimétrico, o que implicou majoração da pena-base, sem que tenha a sentença incorrido em *bis in idem*, por não ter sido reconhecida a incidência da respectiva agravante na segunda etapa da individualização da reprimenda. Além disso, embora tenha reconhecido a atecnia do decreto condenatório, o Colegiado de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve o *quantum* de individualização da pena, por entender que o aumento de 6 (seis) meses corresponderia ao cabível caso a condenação transitada em julgado houvesse sido sopesada a título de reincidência.

Em relação ao pedido de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tem-se decidido, também, que, em se tratando de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, como na hipótese dos autos. Confira-se:

"[...] 1. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, 'é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

2. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica. Precedente." (AgRg no REsp 1.518.232/RO, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015)

"[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, '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.' (AREsp n. 1.154.752/RS, DJe 4/9/2012).

2. No caso, o agravante ostenta apenas uma condenação definitiva anterior, não havendo, assim, impedimentos à compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência." (AgRg no AREsp 710.851/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2015)

Nesse contexto, considerando que o réu ostentava apenas uma condenação transitada em julgado à época dos fatos sob apuração, deve ser operada a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e o *quantum* de aumento correspondente à reincidência, ainda que o Julgador de 1º grau tenha erroneamente valorado tal condenação para a exasperação da pena-base. Assim, considerando que a circunstância judicial foi a única desfavoravelmente sopesada, deve a pena ser reconduzida ao piso legal, qual seja, 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Mantida a redução da pena pela tentativa em 1/2 e diante da inexistência de outras circunstâncias a serem valoradas, a reprimenda deve ser consolidada em 2 (dois) anos de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.

No que tange ao regime, conforme a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Mais: de acordo com as Súmulas 718 e 719/STF, "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Assim, as súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*. O regime fechado foi imposto sem "motivação idônea".

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime em apreço, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ."

(REsp 1409857/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014)

"6. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito, 'o que revela temibilidade e periculosidade do agente', sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF."

(HC 317.405/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015)

Além disso, de acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

In casu, o Tribunal de origem considerou **inadequada a valoração da reincidência na primeira fase da dosimetria, mas manteve o aumento de 6 (seis) meses. Por certo, tendo em vista que a única circunstância judicial desfavorável caracteriza a agravante da reincidência, deve ser reconhecido serem todos os vetores do art. 59 do CP favoráveis.** Assim, estabelecida a sanção corporal inferior 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo**, porém, a ordem, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser descontada em regime semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo reprimenda em regime mais severo, mais o pagamento de 5 (cinco) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0308705-8

HC 379.891 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00217326220158260050 20160000574640 217326220158260050 5002015

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO BATISTA GOMES AMARTIELO MEDOLA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WESLEY TADEU BARBOSA
CORRÉU	: MAXIMILIANO PRAXEDES NAZARE

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