



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO ANTONIO DE FREITAS JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E **QUANTUM** DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS** 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. 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 Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - 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. Incidência da Súmula n. 545/STJ.

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

V - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, entendendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

VI - A fração de aumento decorrente da continuidade delitiva foi fixada em 1/5 (um quinto) com base em elementos concretos e de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da reprimenda.

VII - Ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal, sendo o paciente reincidente e fixada a pena em **6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão**, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

VIII - A eventual possibilidade de aplicação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, sendo inviável sua análise neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para **6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Mussi, acompanhando o Sr. Ministro Relator, não conhecendo do habeas corpus, concedendo a ordem de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, e os votos dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antônio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik no mesmo sentido, e o voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, concedendo parcialmente a ordem, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, por maioria, não conhecer do habeas corpus, conceder a ordem de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, fixando a tese de que ante a existência de confissão espontânea e reincidência, há de haver a compensação integral entre essas duas circunstâncias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que concediam parcialmente a ordem, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de SÉRGIO ANTÔNIO DE FREITAS JÚNIOR, em face do v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0033310-90.2013.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, por três vezes, na forma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, postulando a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento da confissão espontânea, a redução da fração de aumento da continuidade delitiva, além da fixação de regime inicial mais brando. O recurso foi desprovido, nos termos do v. acórdão acostado às fls. 51/56 (sem ementa).

Com o presente **writ**, aventa a impetrante, em síntese, que o acórdão proferido pela Corte estadual contraria a jurisprudência deste Tribunal Superior, uma vez que a confissão espontânea trata de circunstância que sempre atenuaria a pena; que o aumento da reprimenda pela continuidade delitiva se mostra desarrazoado e desproporcional; que a fixação do regime de cumprimento da pena deveria ser mais brando, em razão de lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais.

Em suas argumentações, sustenta a legitimidade quanto à incidência da confissão, ainda que parcial, extrajudicial, informal ou não espontânea, bastando, para tanto, que tenha sido considerada na formação da convicção do julgador.

No mesmo compasso, aduz que a fração utilizada no aumento decorrente da continuidade delitiva, no patamar de 1/5 (um quinto), sem a devida fundamentação e tendo como norte apenas no número de infrações praticadas (três), extrapola a razoabilidade na fixação do **quantum** estabelecido na reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega, ademais, que não foram observadas as Súmulas 718/STF e 440/STJ, quando da imposição do regime inicial de cumprimento de pena, nem mesmo a detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Pedido liminar **indeferido** às fls. 61/62.

Informações prestadas às fls. 70/83.

O Ministério Público Federal, às fls. 88/94, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou, caso conhecido, que seja denegada a ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E **QUANTUM** DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS** 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. 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 Lima**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJU de 11/4/2005).

III - 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. Incidência da Súmula n. 545/STJ.

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

V - Na hipótese, não obstante seja o paciente **reincidente específico**, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

VI - A fração de aumento decorrente da continuidade delitiva foi fixada em 1/5 (um quinto) com base em elementos concretos e de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da reprimenda.

VII - Ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal, sendo o paciente reincidente e fixada a pena em **6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão**, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

VIII - A eventual possibilidade de aplicação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, sendo inviável sua análise neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para **6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão**, mantidos os demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos da condenação.

VOTO

O 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 se admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implicaria o não conhecimento do **writ**, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem **ex officio**. (HC 391.494/SP, HC 391.353/SP, HC 386.827/SP).

Destarte, passo ao exame das razões que foram veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via **constitucional do habeas corpus** somente se mostra adequada para o reexame da dosimetria de pena, quando vislumbrado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do critério trifásico ou violação literal do dispositivo legal, acarretando flagrante ilegalidade, tudo isso com os dados constantes na moldura fática. (HC 198194/RJ, HC n. 39.030/SP).

Nesse diapasão, para melhor delimitar a **questio**, vale destacar os seguintes trechos da r. sentença (fl. 23).

"O réu é reincidente específico (fls. 107), ademais, crime cometido contra a mesma vítima e semelhança do meio de execução. Não possuindo outros antecedentes, fixo em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 dias-multa.

Elevo-a de mais um sexto pela reincidência. Não há se falar em redução pela confissão espontânea porque parcial, uma vez que somente admitiu um único crime de roubo e simples.

Reconhecida a majorante do concurso de agentes em um dos três roubos, aumento uma das penas em 1/3 (um terço).

Elevo-a de mais um quinto em razão da continuidade delitiva, num total de três crimes da mesma espécie, em condições de tempo, lugar e modo de execução, de modo a concluir que os subsequentes se deram em continuação ao primeiro.

Afastadas quaisquer agravantes, outras causas de aumento ou de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena. torno definitivas as penas dos dois roubos simples em 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e 16 dias-multas.

Por conta de ser reincidente específico e pela quantidade da pena imposta, fixo o regime fechado como o inicial de cumprimento da pena. Pelas mesmas razões, deixo de conceder-lhe quaisquer benefícios.

Deixo de aplicar a detração pelo não cumprimento do mínimo necessário para progressão ao regime aberto. Consigno que a sua progressão ao regime semi-aberto nesta oportunidade poderá levar ao equívoco de se computar o mesmo tempo para dupla progressão, de modo que deverá ser pleiteada em sede de execução penal"

O Tribunal **a quo**, manteve a r. sentença condenatória, com base nos seguintes fundamentos (fls. 51/56):

"A pena-base foi fixada nos mínimos legais e, em seguida, elevada em um sexto em razão da reincidência específica de Sérgio.

Na segunda fase da dosimetria, pleiteia a defesa o reconhecimento da atenuante da confissão. Anoto, contudo, que o recorrente confessou apenas parcialmente a imputação, pois procurou afastar a ocasião em que agiu em comparsaria e a continuidade delitiva. Assim, em que pese confesse parcialmente a conduta criminosa, não o faz de forma integral e espontaneamente, de modo que não é possível reconhecer a atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, com relação a este crime.

Em seguida, adequadamente acrescida de 1/3 pela comprovada qualificadora.

Por fim, as reprimendas foram adequadamente majoradas pela continuidade delitiva, considerando-se o número de crimes praticados em circunstâncias similares, contra a mesma empresa vítima e com pequeno intervalo de tempo, na fração de 1/5, pela continuidade delitiva.

Diante da pena aplicada e da reincidência específica, correto o regime inicial fechado e a não concessão de qualquer benefício"

Pois bem. Cumpre asseverar, no que se refere ao reconhecimento da confissão, para fins de redução da reprimenda imposta na segunda fase de aplicação da pena, que as instâncias ordinárias afastaram a incidência da atenuante ao argumento da sua não integralidade, pois efetivada de maneira estratificada e parcial, abarcando apenas à prática do delito de roubo simples, não alcançando, portanto, a relevância necessária para aclarar a dinâmica dos fatos, tampouco para demonstrar aspectos positivos referentes à personalidade do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que, no ponto, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de permitir o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independente de sua extensão, integral ou parcial, especialmente quando utilizada para edificar um édito condenatório, tal qual se verifica no caso em questão.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 269 DO STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.

2. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada 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 art. 67 do Código Penal.

[...]

4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a confissão espontânea e proceder à compensação entre essa atenuante e a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 4 anos de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 10 dias-multa" (HC n. 310.019/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2015 - **grifei**).

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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).

Destaca-se, no mesmo compasso, que o mencionado posicionamento foi aqui consolidado através do verbete 545/STJ, o qual dispõe:

"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."

Portanto, tendo sido a confissão, ainda que parcial, utilizada para formar a convicção do julgador, ressairá os efeitos emanados da sua natureza jurídica de atenuante genérica, restando-se o v. acórdão primevo, assim, em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Uma vez reconhecida a aplicabilidade da atenuante da confissão, cumpre analisar a viabilidade de se compensá-la com a agravante da reincidência, inserta no artigo, 61, I, do Estatuto Repressivo.

Extrai-se do posicionamento da **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, que *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."*

Ocorre que ao se possibilitar a compensação entre as respectivas circunstâncias, denota-se que sequer foi anunciada ou mesmo ressalvada a aplicabilidade de quaisquer das espécies de reincidência, vale dizer, possibilitou-se, ainda que tacitamente, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para os referidos fins, que fossem viabilizados tanto o seu viés genérico, quanto o específico.

Nesse sentido, não obstante a existência de arestos nesta Corte edificados em premissas diversas, entendo que a melhor hermenêutica a ser implementada na ocasião, até mesmo para se evitar descompasso e afronta à proporcionalidade, deverá ser aquela voltada à possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica), ressalvados os casos de multireincidência, conforme os precedentes emanados por este Tribunal Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - A Terceira Seção, 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 - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, devem ser compensadas a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea" (HC n. 351.759/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 5/9/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA. TRIBUNAL A QUO. MOTIVAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. REDUÇÃO DAS PENAS. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA PENA IMPOSTA. CONCURSO MATERIAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

9. A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, caso o paciente registre uma condenação transitada em julgado anterior.

10. Compensada integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, na segunda fase da dosimetria, as penas para ambos os delitos permanecem nos patamares de 7 anos (para o delito de tráfico) e de 3 anos (para o crime de uso de documento falso), as quais torno definitivas, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena, conforme delineado pelas instâncias ordinárias.

[...]

13. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena final do paciente em 10 (dez) anos de reclusão, mais o pagamento de 715 (setecentos e quinze) dias-multa, em regime inicialmente fechado" (HC n. 257.411/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 12/8/2016 - grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REINCENTE ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, 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".

6. 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.

7. Ordem não conhecida. Ordem concedida, de ofício, para, em razão da compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzir a pena do paciente José Fernando de Santana para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão mais 13 (treze) dias-multa" (HC n. 350.583/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 5/5/2016 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noutro compasso, no que tange ao percentual de aumento decorrente da continuidade delitiva, nota-se que a majoração da pena em 1/5 (um quinto) encontra-se devidamente fundamentada, através de elementos concretos e de acordo com a jurisprudência desta Corte, inexistindo qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na fixação do **quantum**.

É que o entendimento deste Tribunal sobre a questão é no sentido de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (HC n. 286.286/MA, HC n. 265.385/SP).

Dessa feita, tratando-se de três crimes cometidos contra a mesma vítima, o aumento não se revela desproporcional, não havendo, como dito, qualquer ilegalidade, a ponto de ser sanada por essa via excepcional.

Assim, feitas as considerações acima, passo ao redimensionamento da pena.

Uma vez fixada a pena-base (primeira fase) em 4 (quatro) anos de reclusão, não há que se falar em alteração da reprimenda quando da análise da pena intermediária (segunda fase), em razão da compensação da agravante da reincidência, com a atenuante da confissão.

Na terceira fase, referente às majorantes e minorantes, mantenho o aumento da pena em 1/3 (um terço), pela incidência do § 2º, II, do art. 157 do Código Penal, restando-se no patamar provisório de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Considerando a hipótese de continuidade delitiva, mantenho a majoração em 1/5 (um quinto), fixando-a, definitivamente, em **6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão**.

Sendo o paciente reincidente e considerado o **quantum** acima estipulado, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, insta salientar, quanto à possibilidade de eventual aplicação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, que o Tribunal **a quo** não se manifestou sobre a matéria, sendo inviável sua análise neste Tribunal Superior, sob pena de **indevida supressão de instância**. Nesse sentido: AgRg no HC n. 306.246/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 14/4/2015.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

Concedo, todavia, a ordem de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para **6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0207605-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.963 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0033310902013 00333109020138260050 20160000073358 33310902013
333109020138260050

PAUTA: 24/05/2017

JULGADO: 14/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO ANTONIO DE FREITAS JUNIOR (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do habeas corpus, concedendo a ordem de ofício, pediu vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Aguardam os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO ANTONIO DE FREITAS JUNIOR (PRESO)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O relator, Ministro Félix Fischer, assim sumariou o feito:

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de SÉRGIO ANTÔNIO DE FREITAS JÚNIOR, em face do v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0033310-90.2013.8.26.0050.

Depreende-se dos autos, que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, por três vezes, na forma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, postulando a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento da confissão espontânea; a redução da fração de aumento da continuidade delitiva; além da fixação de regime inicial mais brando. O recurso foi desprovido, nos termos do v. acórdão acostado às fls. 51/56 (sem ementa).

Com o presente **writ**, aventa a impetrante, em síntese, que o acórdão proferido pela Corte estadual contraria a jurisprudência deste Tribunal Superior, uma vez que a confissão espontânea trata de circunstância que sempre atenuaria a pena; que o aumento da reprimenda pela continuidade delitiva se mostra desarrazoado e desproporcional; que a fixação do regime de cumprimento da pena deveria ser mais brando, em razão de lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais.

Em suas argumentações, sustenta a legitimidade quanto à incidência da confissão, ainda que parcial, extrajudicial, informal ou não espontânea, bastando, para tanto, que tenha sido considerada na formação da convicção do julgador.

No mesmo compasso, aduz que a fração utilizada no aumento decorrente da continuidade delitiva, no patamar de 1/5 (um quinto), sem a devida fundamentação e tendo como norte apenas no número de infrações praticadas (três), extrapola a razoabilidade na fixação do **quantum** estabelecido na reprimenda.

Alega, ademais, que não foram observadas as Súmulas 718/STF e 440/STJ, quando da imposição do regime inicial de cumprimento de pena, nem mesmo a detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Pedido liminar indeferido às fls. 61/62.

Informações prestadas às fls. 70/83.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, às fls. 88/94, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou, caso conhecido, que seja denegada a ordem. É o relatório.

Pelo seu voto, o Relator concede a ordem de ofício, nestes termos:

(...)

Portanto, tendo sido a confissão, ainda que parcial, utilizada para formar a convicção do julgador, ressairá os efeitos emanados da sua natureza jurídica de atenuante genérica, restando-se o v. acórdão primevo, assim, em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Uma vez reconhecida a aplicabilidade da atenuante da confissão, cumpre analisar a viabilidade de se compensá-la com a agravante da reincidência, inserta no artigo, 61, I, do Estatuto Repressivo.

Extraí-se do posicionamento da **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, que *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência"*.

Ocorre que ao se possibilitar a compensação entre as respectivas circunstâncias, denota-se que sequer foi anunciada ou mesmo ressalvada a aplicabilidade de quaisquer das espécies de reincidência, vale dizer, possibilitou-se, ainda que tacitamente, e para os referidos fins, que fossem viabilizados tanto o seu viés genérico, quanto o específico.

Nesse sentido, não obstante a existência de arestos nesta Corte edificados em premissas diversas, entendo que a melhor hermenêutica a ser implementada na ocasião, até mesmo para se evitar descompasso e afronta à proporcionalidade, deverá ser aquela voltada à possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica), ressalvados os casos de multireincidência, conforme os precedentes emanados por este Tribunal Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] II - A Terceira Seção, 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 - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, devem ser compensadas a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea" (HC n. 351.759/SP, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. Felix Fischer, DJe de 5/9/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA. TRIBUNAL A QUO. MOTIVAÇÃO. **REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. REDUÇÃO DAS PENAS. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA PENA IMPOSTA. CONCURSO MATERIAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]** 9. **A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, caso o paciente registre uma condenação transitada em julgado anterior.** 10. Compensada integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, na segunda fase da dosimetria, as penas para ambos os delitos permanecem nos patamares de 7 anos (para o delito de tráfico) e de 3 anos (para o crime de uso de documento falso), as quais torno definitivas, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena, conforme delineado pelas instâncias ordinárias. [...] 13. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena final do paciente em 10 (dez) anos de reclusão, mais o pagamento de 715 (setecentos e quinze) dias-multa, em regime inicialmente fechado" (HC n. 257.411/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 12/8/2016 - grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. DOSIMETRIA DA PENA. **ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REINCIDENTE ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]** 5. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, 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". 6. **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. 7. Ordem não conhecida. Ordem concedida, de ofício, para, em razão da compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzir a pena do paciente José Fernando de Santana para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão mais 13 (treze) dias-multa" (HC n. 350.583/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 5/5/2016 - grifei).

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante de tais considerações, **não conheço do writ.**

Concedo, todavia, a ordem de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para **6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

Pedi vista para melhor análise do tema, tendo em vista que o voto do nobre Relator propõe entendimento diverso daquele até então adotado pela Sexta Turma desta Corte.

Passo, então, às minhas considerações.

Busca-se, como visto, seja reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, bem como a compensação, na segunda fase da dosimetria, da referida atenuante com a agravante da reincidência, que na hipótese é específica.

Como cediço, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, por maioria, esta Terceira Seção, interpretando o art. 67 do Código Penal, posicionou-se no sentido de ser possível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, sob o argumento de que ambas se referem à personalidade do agente, devendo ser consideradas, portanto, preponderantes.

Naquela ocasião, não se tratou de possíveis particularidades que, a depender do caso concreto, podem surgir no momento da incidência das referidas circunstâncias, tendo o acórdão se restringido à possibilidade pura e simples de compensação.

Neste *writ*, o tema relativo à compensação da confissão com a reincidência, sendo esta específica, é justamente uma das particularidades que pode ou não fazer incidir maior peso à agravante da reincidência.

Sobre o tema, cumpre registrar que o próprio Código Penal conferiu ao instituto da reincidência específica maior reprovabilidade, como se observa do art. 44, § 3º, no qual se veda a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando o réu é reincidente pela prática do mesmo crime, permitindo-se, em princípio, a substituição quando a reincidência não for específica. Observa-se, ainda, como exemplo, o teor do art. 83, V, do Código Penal, pelo qual é possível a concessão do livramento condicional, se o condenado tiver cumprido mais de 2/3 da pena, quando a condenação for por crime hediondo ou equiparado, desde que não seja reincidente específico.

Nesse passo, cumpre consignar o que de longa data lecionava Basileu Garcia:

"o reincidente genérico pode ter sido solicitado, em ocasiões diversas, por estímulos transitórios, não coincidentes com íntima e perigosa inclinação delitiva, ao passo que a repetição de infrações semelhantes parece indicar irresistível vocação temperamental para o crime". (*Instituições de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Direito Penal, v. 1, 4ª ed., p. 468).

Nesse sentido, o seguinte julgado da Suprema Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA DA PENA. DELITO DE ESTELIONATO. ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, NO CASO, ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DE 1/6. ADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE INGRESSAR-SE, NESTA SEDE, NOS CRITÉRIOS EMPREGADOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA, SALVO FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

I - O *habeas corpus*, ressalvadas hipóteses excepcionais, não pode servir para a correção da dosimetria da pena imposta pelo magistrado, mormente se observadas as determinações legais pertinentes ao sistema trifásico de cálculo.

II - Ausência de limitação legal quanto ao aumento da pena acima da fração mínima.

III - A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime.

IV - Individualização da pena que, no caso, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade.

V - Ordem denegada.

(HC 101918, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-03 PP-00640)

Dessarte, a despeito dos artigos 46 e 47 do Código Penal (na redação original do Decreto n. 2.848/1940), que cuidavam detidamente do instituto da reincidência específica, terem sido revogados pela Lei n. 6.416/1977, nota-se que o *Codex*, ainda hoje, como se observa da leitura dos arts. 44, §3º, e 83, V, continua a diferenciar os institutos da reincidência genérica e específica, atribuindo a esta caráter mais severo.

Nessa toada, as Turmas que compõem a Terceira Seção esposaram a compreensão de que a reincidência específica prepondera com relação à confissão espontânea, confirmam-se:

(...)

COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DO MESMO CRIME. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao examinar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS, firmou o entendimento de que, por serem igualmente preponderantes, é possível a compensação entre a agravante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência e a atenuante da confissão espontânea, devendo, contudo, o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

2. No caso em análise, trata-se de paciente reincidente específico no crime de furto qualificado, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, inviabiliza a almejada compensação integral.

(...)

(HC 360.588/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Nos termos da Súmula 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.

- Hipótese em que, mesmo parcial, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo, no caso, incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal em favor do ora paciente.

- 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.

- Contudo, no caso em tela, ressaí da análise da folha de antecedentes que o paciente é reincidente específico, circunstância que justifica a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação entre elas, motivo pelo qual é de ser mantida a fração de 1/6 escolhida pelas instâncias de origem. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reconhecer a atenuante da confissão, sem repercussão, todavia, na pena aplicada.

(HC 329.397/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECIDIVA ESPECÍFICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inviável a compensação integral, na segunda etapa do cálculo da reprimenda, da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência específica. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 354.053/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. LEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É razoável a fixação da pena-base do crime de roubo 8 meses acima do mínimo legal ante os maus antecedentes do réu, principalmente ante a reiteração no cometimento de crime de natureza patrimonial, com violência ou grave ameaça contra pessoa.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

3. Se a confissão do réu foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.

4. No julgamento do Resp n. 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada 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 art. 67 do Código Penal. A compensação, no entanto, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência.

5. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a reincidência específica do réu.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 anos de reclusão mais 12 dias-multa.

(HC 258.693/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

Dessarte, a meu ver, a diferenciação entre a reincidência genérica e específica deve ser considerada pelo julgador, tendo em vista que a recidiva específica não deixou de ser vista com um *plus* de reprovabilidade, cuja observação reflete na quantificação da pena em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maior grau.

Compreensão diversa conduziria, inclusive, à necessária modificação do posicionamento que há muito se consolidou nesta Corte, no sentido de ser viável a exasperação da pena em patamar superior à fração de 1/6 (um sexto), na hipótese de ser o réu reincidente específico.

Confiram-se alguns julgados sobre o tema:

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DE 1/3 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO RÉU. AUMENTO EXCESSIVO. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO 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. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedente.

4. Este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico.

Porém, na hipótese, verifica-se que a reprimenda foi exasperada de 1/3 em razão de apenas um título condenatório transitado em julgado, o que denota a existência de desproporcionalidade na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

5. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reduzindo a exasperação a título de reincidência ao patamar de 1/4, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 394.958/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 14/06/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO NA SEGUNDA FASE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRITÉRIO DE ESCOLHA DA FRAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O ordenamento jurídico não estabelece um critério matemático para a majoração da pena, na segunda fase da dosimetria, tampouco as circunstâncias agravantes ou atenuantes denotam qualquer baliza objetiva nesse sentido. Apenas previu o legislador que a incidência daquelas hipóteses sempre alteraria a reprimenda, agravando-a ou atenuando-a.

Na hipótese, a instância ordinária demonstrou as razões do seu convencimento, ao exasperar a reprimenda em 1/5 (um quinto), naquele momento da elaboração do decreto condenatório, com fundamento na reincidência específica do réu.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 382.878/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. AUMENTO DE 1/4 (UM QUARTO) NA SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PATAMAR DE ACRÉSCIMO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Inexiste constrangimento ilegal quando as instâncias ordinárias, considerando as peculiaridades do caso concreto, estabelecem o aumento de 1/4 (um quarto) na segunda fase do cálculo da pena, justificando a adoção desse patamar na reincidência específica do condenado. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 270.555/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 20/11/2013)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. ACRÉSCIMO EM 1/4. RAZOABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE PENA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DENEGÇÃO DA ORDEM.

1. O Código Penal não especifica limites mínimo e máximo de exasperação ou redução de pena a serem aplicados em razão da incidência de circunstâncias agravantes ou atenuantes genéricas, cabendo ao magistrado, de maneira prudente, com observância ao livre convencimento motivado, fixar o patamar que entender necessário e suficiente à espécie, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tratando-se, assim, de discricionariedade vinculada à devida fundamentação.

2. In casu, o acréscimo da pena pela reincidência se deu em 1/4, fração de aumento que não se mostra desarrazoada, tendo em vista escorreita valoração dada diante da reincidência específica do paciente. Não há falar, pois, em constrangimento ilegal.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 397.898/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DESCRITO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. MERA DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

2. Conforme orientação desta Casa, alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não ocorreu a descriminalização da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, porquanto somente excluído o preceito secundário de pena privativa de liberdade, mera despenalização.

3. Na espécie, demonstrada a existência de condenação definitiva anterior pelo delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, bem como considerando que a conduta referida continua a configurar crime, não há como afastar os maus antecedentes, reconhecidos na primeira etapa do cálculo da reprimenda, para aumentar a pena-base.

Precedentes.

4. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. No caso, a fração de 1/3 (um terço) foi aplicada, na segunda etapa do cálculo, em razão da reincidência específica no crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas, devidamente comprovada nos autos.

6. Desse modo, não há teratologia manifesta a ser sanada mediante a concessão da ordem de ofício, pois atende ao dever de individualização da reprimenda a punição mais severa do agente que ostenta condenação criminal por crime da mesma natureza - reincidência específica. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 363.123/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016)

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONDUTA SOCIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. EXECUÇÃO. PACIENTE REINCENTE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. FAVORABILIDADE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REGIME SEMIABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Verificando-se que, ao tempo do delito ora analisado, o paciente ostentava apenas uma única condenação definitiva anterior - a qual já foi sopesada para fins de reincidência -, deve ser afastada a valoração negativa da personalidade, a qual foi tida como voltada para a criminalidade, sob pena de violação do princípio do non bis in idem e do enunciado da Súmula 241/STJ.

4. O fato de o acusado ter afirmado, em audiência, que estava conduzindo veículo automotor sem possuir Carteira Nacional de Habilitação para dirigir não se presta, por si só, a demonstrar a negatividade da circunstância judicial da conduta social, visto que, embora constitua modo de agir de todo reprovável - já que constitui infração de trânsito gravíssima (art. 162, I, do CTB), além de ser tipificado como crime (art. 309 do CTB) -, não houve procedimento penal, com o devido processo legal, para se apurar a veracidade da alegação feita pelo paciente, tampouco uma condenação transitada em julgado anterior que lhe atribuisse a prática de tal conduta (qual seja, dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação), de maneira que não poderia ser sopesada para fins de exasperação da pena-base, em observância ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

5. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, deve ser devida e concretamente fundamentada, exatamente como na espécie dos autos, em que as instâncias ordinárias justificaram a imposição do aumento de 1/5 no fato de o paciente ser reincidente específico.

6. Mostra-se devida a fixação do regime inicial semiaberto ao paciente, pois, não obstante seja reincidente, restou definitivamente condenado à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e todas as circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis, tanto que a sua pena-base restou estabelecida no mínimo legalmente previsto. (Súmula 269/STJ).

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, para reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legal, tornando a sua reprimenda definitiva em 1 ano, 7 meses e 6 dias de reclusão e pagamento de 4 dias-multa, bem como para fixar-lhe o regime inicial semiaberto de execução.

(HC 246.883/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012)

A propósito, cumpre destacar que admitir valoração mais rigorosa quanto à exasperação da pena pela reincidência específica não se coaduna com a compensação integral quando presente circunstância atenuante.

Dessarte, mantenho o meu entendimento para que seja possível considerar a agravante da reincidência preponderante, na hipótese em que exista peculiaridade, qual seja, a reincidência específica, o que ensejará uma compensação parcial, nos termos dos julgados:

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. EFETIVA UTILIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DE RIGOR. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MULTIRREINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA CONCRETA DA AGRAVANTE. PROPORCIONALIDADE DA PENA DOSADA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS/STJ 440 E 269. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a confissão do acusado, conquanto parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que efetivamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizada para o convencimento e convicção do julgador quanto ao acerto da sentença, sendo, pois, expreso fundamento para a condenação.

3. 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, 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".

3. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente ou com reincidência específica, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

4. Malgrado não ter sido a confissão do réu expressamente dosada pelas instâncias ordinárias, embora tenha influído no convencimento do magistrado acerca da materialidade e da autoria do crime, constata-se que multirreincidência do réu, decorrente de duas condenações transitadas em julgado de fatos anteriores, foi efetivamente valorada na segunda etapa da dosimetria, o que demonstra maior reprovabilidade da conduta, suficiente a inviabilizar a compensação, porquanto as agravantes preponderaram no caso concreto, haja vista o evidente desprezo ao ordenamento jurídico e ao caráter pedagógico da pena, em especial à sua finalidade de prevenção especial negativa. Portanto, o acréscimo de 1/5 realizado, decorrente das duas agravantes, mostra-se proporcional.

5. De acordo com 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". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "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", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

6. As súmulas foram observadas pelo Tribunal a quo, porquanto o regime semiaberto o foi imposto com motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos § 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

In casu, as instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Conforme Enunciado de Súmula 269 desta Corte, como paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 335.218/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO E FURTO SIMPLES. **DOSIMETRIA. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE.** AGRAVANTE DO ART. 61, I, DO CP. AUMENTO EM 6 MESES DE RECLUSÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Terceira Seção do STJ, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante.

2. Não é devida, contudo, a compensação integral entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do réu for específica ou numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade.

3. Inexiste, na lei, parâmetros aritméticos para a aplicação de atenuantes e de agravantes, cabendo ao magistrado, em face da discricionariedade motivada e atento aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se aplique ao caso.

4. Não há falar em ilegalidade na majoração da pena acima de 1/6, na segunda fase da dosimetria, em face da reincidência específica do réu - o que, a teor da jurisprudência desta Corte, é plenamente aceito -, na medida em que a fração de aumento eleita pelas instâncias ordinárias ancorou-se em circunstância excepcional do caso concreto.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 379.039/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 08/05/2017)

Por fim, impende registrar que corroboro o entendimento do Relator, segundo o qual deve haver maior gradação da agravante da reincidência, na hipótese de existir mais de uma condenação anterior capaz de configurá-la. Todavia, repiso que dirijo do posicionamento de que é possível compensar integralmente a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, se específica.

Por fim, quanto ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, também entendo que a sua incidência é devida, não sendo cabível, contudo, a sua compensação integral com a agravante da reincidência, razão pela qual passo a dosar a pena. Assim, mantenho a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multas. Na segunda fase da dosimetria, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deixo de compensá-la integralmente com a agravante da reincidência, por ser específica, e, por conseguinte, exaspero a pena em 1/8 (um oitavo). Na terceira etapa, aumento a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 1/3 (um terço) em razão da majorante e em mais 1/5 (um quinto) pela continuidade delitiva, tornando-a definitiva em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multas.

Ante o exposto, divergindo em parte do voto do Relator, concedo parcialmente a ordem, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e, por conseguinte, reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multas, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0207605-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.963 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0033310902013 00333109020138260050 20160000073358 33310902013
333109020138260050

PAUTA: 24/05/2017

JULGADO: 09/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO ANTONIO DE FREITAS JUNIOR (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista parcialmente divergente da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, concedendo parcialmente a ordem, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, pediu vista o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Aguardam os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Conforme relatado pelo eminente Ministro Felix Fischer, no presente *habeas corpus* discute-se se a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada integralmente com a agravante da reincidência, quando esta é específica.

No seu voto, o ilustre Relator reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea e compensou-a totalmente com a agravante da reincidência, redimensionando, assim, a pena cominada ao paciente.

Inaugurando a divergência, a ilustre Ministra Maria Thereza de Assis Moura aplicou a aludida atenuante, deixando, contudo, de compensá-la inteiramente com a agravante da reincidência, por ser esta específica.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão.

E, compulsando os autos, filio-me às conclusões exaradas pelo eminente Relator.

Nos termos do artigo 63 do Código Penal, a reincidência é a prática de uma infração penal depois de o agente já ter sido condenado definitivamente no Brasil ou no exterior por crime anterior, podendo ser genérica, quando os ilícitos praticados pelo agente estão previstos em tipos penais diversos, ou específica, quando se referem a uma mesma norma incriminadora.

Antes da reforma da Parte Geral em 1984, o Estatuto Repressivo distinguia a reincidência genérica da específica, que se configurava quando havia o cometimento de crimes da mesma natureza, assim considerados os constantes do mesmo dispositivo legal ou, embora tipificados em norma diversa, apresentassem elementos fundamentais comuns.

Nesse sentido era o artigo 46 do aludido diploma legal:

Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Reincidência genérica e reincidência específica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 1º Diz-se a reincidência:

I - genérica, quando os crimes são de natureza diversa;

II - específica, quando os crimes são da mesma natureza.

Crimes da mesma natureza

§ 2º Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

Por sua vez, os efeitos da reincidência específica encontravam-se previstos no artigo 47, *verbis*:

Efeitos da reincidência específica

Art. 47. A reincidência específica importa:

I - a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo;

II - a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no nº I.

Com o advento da reforma da Parte Geral do Código Penal, a distinção entre reincidência genérica e específica foi eliminada, inexistindo, na atual legislação penal, efeitos mais graves para esta última.

Sobre o assunto, Cleber Masson explica que no plano relativo às categorias de crimes, a reincidência pode ser genérica ou específica, sendo que "*a legislação penal brasileira, seguindo a tendência mundial, trata as duas situações de modo análogo*", salientando que "*os efeitos, em regra, são idênticos, seja genérica ou específica a reincidência*" (Direito Penal Esquematizado. Parte Geral. Volume 1. São Paulo: Método, 2016, p. 740).

De fato, apenas em situações **excepcionais** a reincidência específica enseja tratamento diferenciado, que vem expressamente explicitado em dispositivos legais **pontuais**, como o § 3º do artigo 44 do Estatuto Repressivo, que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos reincidentes específicos, o artigo 83 do mesmo diploma lega, que proíbe o livramento condicional na hipótese de reincidência específica de crimes hediondos ou equiparados, mesma restrição contida no parágrafo único do artigo 44 da Lei 11.343/2006, e o artigo 296 do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê a aplicação da penalidade de suspensão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, ao reincidente específico em delitos de trânsito.

Ora, não havendo no Código Penal qualquer dispositivo que determine tratamento mais severo à reincidência específica na segunda etapa do cálculo da dosimetria, impossível ao intérprete assim proceder, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Com efeito, não há lógica em se permitir a compensação total entre as mencionadas agravante e atenuante nos casos em que, por exemplo, o agente foi definitivamente condenado pelo crime de furto e, posteriormente, comete e confessa a prática de um homicídio qualificado, e não admitir a mesma operação se o delito posterior também é patrimonial.

Conclui-se, assim, que o simples fato de a reincidência ser específica não evidencia a maior reprovabilidade da conduta ou da personalidade do acusado, impedindo, assim, a prevalência da agravante sobre a atenuante da confissão espontânea.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que no julgamento do REsp 1.341.370/MT, representativo de controvérsia, esta colenda 3ª Seção firmou o entendimento de que é possível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ocasião em que não fez qualquer distinção ou ressalva entre as espécies desta última, denotando, ainda que de forma implícita, o seu cabimento mesmo quando for específica.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

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 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013)

Na mesma esteira são os precedentes da colenda Quinta Turma, que admite a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, ainda que específica.

Nesse norte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. (...) AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo entendimento firmado na Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, "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, como na hipótese dos autos.

(...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1637788/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. (...) AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

2. Segundo entendimento firmado na Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

3. 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, como na hipótese dos autos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1534671/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E CONFISSÃO. ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, consolidou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea também é circunstância preponderante, na segunda fase da aplicação da pena, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, uma vez que ambas envolvem a personalidade do agente.

II - É possível a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado, de acordo com o entendimento desta Corte Superior (precedentes).

III - De todo modo, "[...] as instâncias ordinárias não declinaram qualquer circunstância específica que pudesse obstar a compensação pretendida" (HC n. 353.126/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/9/2016).

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 363.566/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

Ante o exposto, acompanho o voto do Ministro Relator e não conheço do *habeas corpus*, concedendo a ordem de ofício, nos termos do do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para compensar integralmente a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhor Presidente, pedindo vênias à divergência, **acompanharei** o Eminente Relator. Há argumentos ponderáveis de ambos os lados, em ambas as correntes, mas o argumento que realmente mais me sensibilizou nessa questão toda foi o apresentado agora pelo Ministro Jorge Mussi, que se refere à incongruência de se permitir a compensação na reincidência não específica, por exemplo, um furto com um homicídio, ou seja, é uma reincidência não específica, posso compensar, e não permitir um furto com um furto, isto é, o crime anterior foi um furto e eu não poderia.

Esse argumento para mim, entendo que é suficiente para justificar a minha adesão à corrente inaugurada com o voto do Eminente Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO ANTONIO DE FREITAS JUNIOR (PRESO)

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0033310-90.2013.8.26.0050), mantendo, na íntegra, a sentença que condenou SÉRGIO ANTÔNIO DE FREITAS JÚNIOR, à pena de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, por infração ao art. 157, *caput* e § 2º, II, n/f do art. 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

No presente *habeas corpus*, pretende a defesa o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, bem como a redução ao patamar mínimo (1/6) do aumento aplicado em razão da continuidade delitiva. Requer, ainda, o abrandamento do regime prisional.

Ao final, pugnou, liminarmente, pela fixação, de imediato, do regime prisional aberto. No mérito, requereu, a redução da pena e a imposição do regime aberto para o início do cumprimento da pena.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 61/62).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 70/83.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado à e-STJ fls. 88/94, opinou pelo não conhecimento/denegação do *writ*, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DELITO DE ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. RÉU QUE ADMITIU TER COMETIDO APENAS UM CRIME, NEGANDO A PARTICIPAÇÃO NOS DEMAIS. PROVAS CONTUNDENTES NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SENTIDO DA AUTORIA. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE. QUANTUM PELA CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO EM 1/5, PRÓXIMO AO MÍNIMO LEGAL, QUE NÃO COMPORTA MODIFICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE APLICADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Submetido o *habeas corpus* a julgamento da Quinta Turma, o eminente Relator, Ministro FELIX FISCHER, proferiu voto no sentido de não conhecer da impetração, mas conceder a ordem, de ofício, para, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a agravante da reincidência, ainda que específica, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão.

Para tanto, concluiu o Relator que, da análise do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, "não se verifica a existência de qualquer ressalva quanto à eventual necessidade de preponderância da reincidência específica sobre a atenuante da confissão espontânea".

Assim, como o paciente ostenta apenas uma condenação transitada em julgado, possível a compensação integral da reincidência com a confissão espontânea, circunstâncias igualmente preponderantes, ainda que se trate de reincidência específica.

Pedi vista dos autos para melhor análise.

Compulsando os autos, na esteira do minucioso voto proferido pelo eminente Ministro FELIX FISCHER e revendo posicionamento anterior, entendo que deve haver a compensação integral da reincidência, ainda que específica, com a atenuante da confissão espontânea.

Isto porque, analisando detalhadamente o inteiro teor do Recurso Especial n. 1.341.370/MT, admitido como representativo de controvérsia, observo que a Terceira Seção firmou o 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". Na oportunidade, não foi feita qualquer ressalva quanto à eventual necessidade de preponderância da reincidência específica sobre a atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A respeito da possibilidade de compensação da reincidência específica com a atenuante da confissão espontânea, já decidiu esta Eg. Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1481208/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO. ERESP N. 1154752/RS. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, 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.

- Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes.

- Nos termos da jurisprudência do STJ, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, de rigor a incidência da respectiva atenuante.

- Caso o magistrado utilize as condenações anteriores para justificar os maus antecedentes e fixar a pena-base acima do mínimo legal, a única condenação específica caracterizadora da reincidência deve ser compensada com a confissão espontânea.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente.

(HC 310.569/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO TENTADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO EM PARTE.

1. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida naquelas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável ante o crime cometido.

2. É legítima a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP quando deduzidos pelo julgador elementos idôneos a justificar a mais severa reprovação do crime, tais como a existência de três condenações definitivas anteriores que caracterizam maus antecedentes.

3. 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).

4. A imposição do regime mais gravoso (semiaberto) e a negativa da permuta legal têm como fundamento os maus antecedentes e a **reincidência específica** do paciente, consoante autorizado pelos arts. 33, § 3º, e 44, II e III, e § 3º, ambos do CP.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, em parte, para, reconhecendo a compensação entre a reincidência e a confissão, redimensionar a pena final do paciente para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

(HC 208.829/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 07/04/2015)

Ante o exposto, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, Ministro FELIX FISCHER, no sentido de conceder *habeas corpus* de ofício, para, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Propus a afetação do tema à Terceira Seção desta Eg. Corte, tendo em vista a significativa jurisprudência em sentido contrário, a fim de que seja uniformizada a matéria (HC n. 332211/SP - Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe de 19/2/2016, HC n. 223523/SP - Ministro Rogério Schietti Cruz - DJe de 31/5/2016, AgInt no AgRg no HC n. 347109/SC - Ministro Rogério Schietti Cruz - DJe de 24/5/2016, HC n. 357842/SC - Ministro Joel Ilan Paciornick - DJe de 27/9/2016, AgRg noAresp n. 924371/SP - Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - Dje de 27/9/2016, AgRg no REsp n. 1360791/SP - Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - Dje de 27/9/2016, HC n. 333531/RJ - Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe de 20/10/2015).

Nesta oportunidade, confirmo meu entendimento revisto e acompanho o em. Relator, pedindo vênua à divergência inaugurada pela em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.963 - SP (2016/0207605-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO ANTONIO DE FREITAS JUNIOR (PRESO)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Senhor Presidente, com a vênia do eminente Relator e dos que o acompanham, vou aderir à divergência, porque, na verdade, fazemos uma construção de parâmetros de gravidade, e o fazemos porque a lei não definiu como ser feita essa compensação afora de que sejam prevalentes as circunstâncias de caráter subjetivo. E nessa valoração do que é mais grave, é razoável, e temos vários precedentes que assim preveem, que prevaleça em gravidade a multirreincidência sobre a reincidência em única ocasião, e é razoável que prevaleça a reincidência específica sobre a reincidência genérica, porque demonstra que o apenamento anterior não resultou na pretensão de prevenção específica que deveria ter ocorrido.

O fundamento de que incongruências e até injustiças podem surgir ocorre em qualquer situação. Podemos ter, realmente, uma situação em que o novo crime não seja de reincidência específica e seja um crime até mais grave, como foi ressaltado há pouco. Podemos ter isso também na multirreincidência. Posso ter multirreincidência em furtos e, mesmo assim, vamos considerar que isso vai prevalecer sobre uma reincidência única num homicídio qualificado.

Então, precisamos, nesta Corte, com o máximo respeito, definir regras gerais para a interpretação do direito federal. E a regra geral é a de que quem reincide várias vezes, o multirreincidente, merece um tratamento mais gravoso do que quem reincide uma vez só. E também, quem reincide no mesmo crime merece uma reprovação maior do que aquele que pratica novo crime, mas de natureza diversa.

Então, com a vênia devida, acompanho a divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0207605-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.963 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0033310902013 00333109020138260050 20160000073358 33310902013
333109020138260050

PAUTA: 24/05/2017

JULGADO: 11/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO ANTONIO DE FREITAS JUNIOR (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Mussi, acompanhando o Sr. Ministro Relator, não conhecendo do habeas corpus, concedendo a ordem de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, e os votos dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antônio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik no mesmo sentido, e o voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, concedendo parcialmente a ordem, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, a Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, concedendo a ordem de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, fixando a tese de que ante a existência de confissão espontânea e reincidência, há de haver a compensação integral entre essas duas circunstâncias. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que concediam parcialmente a ordem, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.