



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.102 - SP (2016/0123502-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE CRISTINA UEMURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID JONATHAN DA CONCEICAO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO. RÉU REINCIDENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. 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".

3. Considerando que o paciente registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, sem que tenha sido informado se tratar de reincidente específico, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nos moldes do reconhecido na sentença, que restou reformada pela Corte de origem. Precedentes.

4. Conforme a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

5. O emprego de simulacro de arma de fogo, sem o respaldo de outros elementos concretos da prática delitiva, bem como a gravidade abstrata do crime de roubo tentado, não justificam a fixação de regime mais severo ao indicado pela quantidade de sanção corporal imposta ao paciente, devendo ser reconhecido, desde já, o seu direito ao desconto da pena em meio semiaberto, conforme o reconhecido pelo Julgador de 1º grau.

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

7. O decreto condenatório considerou **favoráveis** as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, **a pena-base foi fixada no mínimo legal**. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença condenatória.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 18 de agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.102 - SP (2016/0123502-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE CRISTINA UEMURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID JONATHAN DA CONCEICAO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **DAVID JONATHAN DA CONCEIÇÃO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 5 (cinco) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 11-13).

Da sentença, foi interposta apelação pelo *Parquet*, que restou parcialmente provida para majorar a pena a 3 (três) anos, 1 (um) mês e 7 (sete) dias de reclusão, em regime fechado, mais 7 (sete) dias-multa. Eis a ementa do julgado:

"APELAÇÃO Alegação de violação ao princípio da verdade real Inadmissibilidade - CRIME DE RESISTÊNCIA Condenação Impossibilidade Meros atos de dificuldades para a prisão do réu não servem para configurar tal crime Absolvição mantida. TENTATIVA DE ROUBO - Afastamento da compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea do réu Necessidade Inteligência do art. 67 do CP Aplicação do redutor mínimo em face da tentativa Admissibilidade Regime inicial semiaberto Alteração Necessidade - Recurso ministerial parcialmente provido" (e-STJ, fl. 15).

Neste *writ*, a Defensoria Pública defesa pleiteia o redimensionamento da pena aplicada ao paciente, mediante compensação entre a confissão espontânea e a reincidência, tendo em vista que ambas as circunstâncias são inerentes à personalidade do agente, sendo igualmente preponderantes. Requer, ainda, a fixação do regime inicial semiaberto por ser mais adequado ao caso concreto.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fl. 28).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção do *writ* sem julgamento do mérito ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 66-71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.102 - SP (2016/0123502-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE CRISTINA UEMURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID JONATHAN DA CONCEICAO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO. RÉU REINCIDENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. 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".

3. Considerando que o paciente registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, sem que tenha sido informado se tratar de reincidente específico, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nos moldes do reconhecido na sentença, que restou reformada pela Corte de origem. Precedentes.

4. Conforme a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

5. O emprego de simulacro de arma de fogo, sem o respaldo de outros elementos concretos da prática delitiva, bem como a gravidade abstrata do crime de roubo tentado, não justificam a fixação de regime mais severo ao indicado pela quantidade de sanção corporal imposta ao paciente, devendo ser reconhecido, desde já, o seu direito ao desconto da pena em meio semiaberto, conforme o reconhecido pelo Julgador de 1º grau.

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

7. O decreto condenatório considerou **favoráveis** as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, **a pena-base foi fixada no mínimo legal**. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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

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

O Magistrado processante, na dosimetria da pena, consignou:

"O acusado agiu com dolo normal à espécie e as demais circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP não lhe são desfavoráveis. Assim, a pena-base é imposta no mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no piso, dada a situação econômica do denunciado.

Na segunda etapa, a agravante da reincidência (fl. 5 do apenso) fica compensada pela atenuante da confissão espontânea.

Inaplicáveis causas de aumento. Em razão da tentativa, necessária a diminuição. No caso, o iter percorrido foi intermediário, na medida em que o roubo foi anunciado e o agente tentou abrir a porta do veículo. Caso conseguisse, arrancaria a proprietária da condução e conseguiria a posse, com o que estaria consumada a infração. Assim, reduzindo-se a reprimenda em 1/2, chega-se a 2 anos de reclusão e pagamento de 5 dias-multa.

O regime prisional inicial é o semiaberto, posto que embora reincidente o agente tem a seu favor as circunstâncias judiciais (Súmula 269 do STJ)" (e-STJ, fl. 12).

Por seu turno, o Colegiado *a quo*, ao dar provimento parcial ao apelo ministerial, pontuou:

"Na segunda fase, o Sentenciante reconheceu a reincidência do acusado, conforme certidão de fls. 05 do apenso, todavia, em face da confissão compensou-as integralmente.

No entanto, inviável a compensação da reincidência do réu com a confissão espontânea, como bem aponta o Ministério Público.

É que a agravante da reincidência é legalmente preponderante, diante do que dispõe o artigo 67 do Código Penal:

'Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência'.

É esse o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A reincidência prepondera sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, nos termos do artigo 67 do Código Penal" (HC 81.954/PR,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29.11.2007).

“Nos termos do art. 67 do Código Penal e da firme jurisprudência da 3ª Seção a respeito, a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão. Precedentes” (REsp 912.053/MS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 16.10.2007).

[...]

Assim, do que se depreende da leitura do artigo 67 do Código Penal, objetivamente, a reincidência é circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes genéricas, não se vislumbrando relação entre a confissão e a personalidade do acusado.

[...]

O ilustre magistrado a quo fixou como regime inicial para cumprimento de pena o semiaberto, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b", do Código Penal.

circunstâncias do caso concreto era o caso de se aplicar ao réu o regime fechado (art. 33, § 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal).

Com efeito, o réu demonstrou com sua conduta alto grau periculosidade, uma vez que ameaçou a vítima simulando estar armado, o que demonstra ser uma pessoa inapta para retornar, em breve tempo, ao convívio social, sendo necessária a adoção de regime mais rigoroso. Até porque, o meliante é reincidente.

Assim, embora a pena-base tenha sido fixada em seu mínimo legal, o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de roubo, tendo em vista que o legislador, ao criar o parágrafo 3º, do artigo 33, do Código Penal, deixou ao Juiz espaço para, dentro da realidade vigente, dosar a pena e fixar o regime de cumprimento de forma que possam ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, pois caso contrário tal parágrafo não existiria.

[...]

Se fora do cárcere, tais circunstâncias revelam que poderia voltar a delinquir; daí o reconhecimento de periculosidade, de forma tal que o regime fechado permitirá, para eventual progressão, melhor exame" (e-STJ, fls. 22-25).

Em relação ao pedido de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, infere-se manifesta ilegalidade no acórdão impugnado.

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

Mais: considerando que o paciente registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, sem que tenha sido informado se tratar de reincidente específico, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nos moldes do reconhecido na sentença, que restou reformada pela Corte de origem.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

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

"[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, 'É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal.' (AREsp n. 1.154.752/RS, DJe 4/9/2012).

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

De igual modo, conforme a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

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

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

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, o emprego de simulacro de arma de fogo, sem o respaldo de outros elementos concretos da prática delitiva, bem como a gravidade abstrata do crime de roubo tentado, não justificam a fixação de regime mais severo ao indicado pela quantidade de sanção corporal imposta ao paciente, devendo ser reconhecido, desde já, o seu direito ao desconto da pena em meio semiaberto, conforme o reconhecido pelo Julgador de 1º grau.

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

In casu, o decreto condenatório considerou **favoráveis** as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, **a pena base foi fixada no mínimo legal**. Assim, estabelecida a sanção corporal inferior 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo**, porém, a ordem, de ofício, a fim de cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença de 1º grau.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0123502-1

HC 356.102 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00927403620148260050 927403620148260050

EM MESA

JULGADO: 18/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLE CRISTINA UEMURA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DAVID JONATHAN DA CONCEICAO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

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

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

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