



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.645 - SP (2017/0040178-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CINTRA FRANCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARTHUR BARBOSA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/5 (UM QUINTO). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DO PATAMAR JURISPRUDENCIALMENTE FIXADO DE 1/6 (UM SEXTO). **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte, muito embora se reconheça a possibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, tal compensação não se dá integralmente em se tratando de réu multirreincidente, devendo, pois, a agravante, prevalecer (precedentes).

II - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o aumento da pena em razão superior a 1/6 (um sexto), ante a agravante da reincidência, deve ser devidamente fundamentado, o que não ocorreu no caso.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a fração de 1/6 (um sexto), em razão da reincidência, reduzindo-se a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.645 - SP (2017/0040178-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de ARTHUR BARBOSA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0010277-03.2015.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"Apelação – Furto qualificado – Dosimetria da pena – Afastamento da exasperação pelos maus antecedentes – Inviabilidade – Folha de antecedentes criminais idônea para comprovar os antecedentes criminais – Precedentes do STF – Compensação da circunstância agravante da reincidência com a circunstância atenuante da confissão – Impossibilidade – Réu multirreincidente – Majoração da pena em 1/5 que foi bem justificada – Regime prisional semiaberto compatível com a situação do acusado – Recurso de apelação não provido" (fl. 18).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na **dosimetria da pena**, pois a atenuante da confissão espontânea deveria ter sido compensada, de forma integral, com a agravante da reincidência, conforme entendimento firmado neste Tribunal Superior por ocasião do julgamento do REsp n. 1.341.370/MT.

Em alternativo, afirma que, de qualquer modo, o acréscimo de 1/5 (um quinto) na segunda fase, mostrou-se exagerado devendo, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, ser efetivado no patamar de 1/6 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja aplicada nova pena ao paciente.

Pedido liminar **indeferido** à fl. 24 .

Informações prestadas às fls. 33-40.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 44-47, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, *"concedendo, não obstante, ordem de ofício para redimensionar a pena aplicando na segunda fase da dosimetria aumento no patamar mínimo de 1/6" (fl. 47).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.645 - SP (2017/0040178-5)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/5 (UM QUINTO). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DO PATAMAR JURISPRUDENCIALMENTE FIXADO DE 1/6 (UM SEXTO). **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte, muito embora se reconheça a possibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, tal compensação não se dá integralmente em se tratando de réu multirreincidente, devendo, pois, a agravante, prevalecer (precedentes).

II - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o aumento da pena em razão superior a 1/6 (um sexto), ante a agravante da reincidência, deve ser devidamente fundamentado, o que não ocorreu no caso.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a fração de 1/6 (um sexto), em razão da reincidência, reduzindo-se a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, 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).

Como relatado, busca a impetrante a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ou, alternativamente, a redução da fração eleita.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença proferida em primeira instância:

*"O réu é **duplamente reincidente** (fls. 60 e 69) e confessou a prática do delito.*

Embora tenha confessado espontaneamente a prática do delito, entendo que, no caso destes autos, a circunstância agravante da reincidência deve ser considerada como preponderante (art. 67, CP).

Com efeito, o acusado foi condenado por outras práticas delituosas idênticas, sendo certo que voltou a se envolver em empreitada criminosa, o que exige do Estado-Juiz severa reprimenda.

***Elevo de um quinto a pena, estabelecendo-a em 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa"** (fl. 15).*

O v. acórdão aqui reprochado, por sua vez, assim estabeleceu:

*"Com relação à pretensão de compensação entre a circunstância agravante da reincidência com a circunstância atenuante da confissão, **primeiramente é bom que se diga que se trata de agente multirreincidente específico, o que obsta a***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensação integral, de modo que a preponderância da reincidência, em razão da existência de duas condenações, constitui a aplicação efetiva dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, tornando legítimo o acréscimo de 1/5.

Além disso, o acusado foi preso em flagrante, de sorte que a finalidade da confissão espontânea (esclarecer o fato criminoso) estaria exaurida diante da flagrância, e portanto, sua confissão pouco contribuiu como prova.

Fica mantido, portanto, o acréscimo de 1/5" (fl. 21).

Pois bem. Sobre o tema, deve-se frisar, primeiramente, que a jurisprudência dessa Corte pacificou o entendimento no sentido de ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Insta apontar, a propósito, acórdão oriundo da Terceira Seção que, em sede de recurso especial repetitivo, assim consignou:

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

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

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

Não é, todavia a hipótese dos autos. Isto porque, conforme consignado na r. sentença e no v. acórdão recorrido, o réu possui mais de uma condenação definitiva transitada em julgado, por fatos anteriores a prática deste delito, o que, na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, afasta a possibilidade de compensação total entre a confissão e a reincidência, por se tratar de réu multireincidente. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTELIONATO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DESMEMBRADAS. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

UTILIZADA COMO ELEMENTO PARA A CONDENAÇÃO. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. Esta Corte Superior 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" REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013).

7. Na espécie, trata-se de réu multirreincidente, razão pela qual admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente" (HC n. 381148/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 7/4/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO TOTAL. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Consoante recente alteração jurisprudencial desta Corte, a confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. In casu, o Paciente confessou a prática do crime de tráfico de drogas e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (coaçoão moral), impõe-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. Tratando-se, no entanto, de Paciente que possui dupla reincidência, não é possível promover a compensação total entre a confissão e a reincidência, pois se mostra circunstância mais reprovável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do que a dispensada a quem seja reincidente em razão de um único evento delituoso, em respeito aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade. Precedente.

*6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena do Paciente, nos termos explicitados no voto" (HC n. 291.894/SP, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 22/8/2014).*

Lado outro, no que tange ao acréscimo de 1/5 (um quinto) em razão da reincidência, prevalece o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que apesar do silêncio legislativo sobre os patamares (frações) utilizados para o aumento da pena, ante a mencionada agravante, tal acréscimo em razão superior a 1/6 (um sexto) deve ser devidamente fundamentado. Ilustrativamente:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTO IDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6 (um sexto), requer fundamento concreto e idôneo. Precedentes.

*3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa" (HC n. 296.834/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 3/10/2014)."*

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIAL APRESENTADA PARA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE EM 03 (TRÊS) ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/3 (UM TERÇO). EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. DESPROPORCIONALIDADE. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. VALORAÇÃO NEGATIVA INERENTE À PRÓPRIA CAUSA DE AUMENTO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

6. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se torna despropositada, levando em conta o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes), que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao delito.

7. Não obstante a maior reprovabilidade da conduta do agente, carece o decreto condenatório de motivação concreta para a fixação da pena-base em mais do que o dobro do mínimo legal, sobretudo porque a exasperação da reprimenda deverá, sempre, respeitar o princípio da proporcionalidade.

8. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

9. **As instâncias ordinárias fixaram o patamar de 1/3 (um terço), tão-só em razão da condição de reincidente específico do Paciente. Contudo, quando se verifica que ostentava ele apenas uma condenação anterior, capaz de ser contabilizada para fins de reincidência, evidencia-se a desproporcionalidade do incremento da pena, impondo-se a sua redução para 1/6 (um sexto).**

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do quantum a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.

[...]” (HC n. 275.072/SP, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 3/2/2014).

Na espécie, da leitura da r. sentença e do v. acórdão transcritos anteriormente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tenho que o **quantum** da exacerbação da pena, na segunda fase, em razão da **reincidência**, padece de motivação idônea, devendo ser redimensionado ao patamar mínimo jurisprudencialmente fixado de **um sexto**.

Desse modo, mantida a pena-base como estabelecida pelas instâncias ordinárias, ou seja, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e, considerando, **na segunda fase**, o aumento de **1/6 (um sexto) em face da reincidência**, deve ser fixada a pena do paciente definitivamente em **2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, à mingua de causas de aumento ou diminuição de pena.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** apenas para aplicar a fração de 1/6 (um sexto) em razão da reincidência, reduzindo-se a pena imposta para **2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0040178-5

HC 389.645 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00102770320158260050 102770320158260050 20160000899236 2982015

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANA CAROLINA CINTRA FRANCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ARTHUR BARBOSA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

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

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

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