



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.507 - SC (2017/0073466-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JEAN MARCELO DA SILVA MONTOYA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. CONDENAÇÕES ANTERIORES. MESMO FUNDAMENTO PARA EMBASAR AS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. EXISTÊNCIA DE UMA CONDENAÇÃO E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO OBSTA A COMPENSAÇÃO. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

2. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

3. No caso, o mesmo fundamento - condenações anteriores - foi utilizado para valorar negativamente os maus antecedentes e a personalidade, o que configura constrangimento ilegal. Dessa forma, necessário afastar a valoração negativa referente à personalidade.

4. É cediço neste Tribunal Superior que a multirreincidência obsta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensação integral com a atenuante da confissão. Contudo, não é esse o caso dos autos. Não obstante o paciente possua quatro condenações criminais transitadas em julgado, apenas uma condenação foi utilizada na segunda fase, porquanto as outras foram utilizadas como maus antecedentes, não havendo se falar em multireincidência.

5. Cabe ressaltar que a reincidência específica também não impede a compensação integral com a confissão. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do agente que ostenta outra condenação pelo mesmo delito.

6. Dessa forma, tendo em vista que os fundamentos utilizados para a não compensação integral são inidôneos, resta configurado o constrangimento ilegal, devendo ser compensada integralmente a reincidência com a confissão.

7. Não há se falar em regime mais brando, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 não lhe são favoráveis. Inaplicabilidade do enunciado n. 269/STJ.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.507 - SC (2017/0073466-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JEAN MARCELO DA SILVA MONTOYA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEAN MARCELO DA SILVA MONTOYA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da Apelação Criminal n. 0006844-02.2014.8.24.0011.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de primeiro grau, pela prática do delito previsto no art. 155, *caput*, do CP, às penas de 1 ano e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 48 dias-multa (fls. 127/133).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação e o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento (fls. 185/215).

A impetrante sustenta, no presente *writ*, a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base acima do mínimo legal, ao fundamento de que *o acórdão recorrido é incompatível com o art. 59 do Código Penal, segundo sua interpretação conferida prevalentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, pois a análise da personalidade do agente não poderia ser feita a partir do histórico criminal do réu (já utilizado para aumentar a pena base em razão dos maus antecedentes e a pena intermediária em razão da reincidência)* (fl. 5).

Aponta, ainda, que na segunda fase da dosimetria da pena deve ser compensada a agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea, porquanto *o STJ tem sedimentado o entendimento de que, mesmo no caso de multirreincidência, caso o magistrado migre as condenações excedentes para a pena-base, valorando-as como maus antecedentes na primeira fase da dosimetria penal, a única condenação utilizada na segunda fase deve ser compensada com a atenuante de confissão, sob pena*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de bis in idem (fl. 8).

Por fim, insurge-se contra a aplicação do regime inicial fechado, pois, *caso seja acolhida a tese delineada no item 1 (afastamento da valoração negativa da circunstância judicial personalidade), o paciente irá ostentar uma única circunstância judicial desfavorável — antecedentes*. Diante disso, *em homenagem à proporcionalidade que deve viger também na fase judicial da aplicação da pena, especialmente na etapa de fixação do regime de pena, e, considerando que em desfavor do paciente recairia apenas uma única circunstância judicial, que tem natureza objetiva (antecedentes), tem-se que o regime semiaberto seria medida necessária/suficiente aos desideratos preventivos da reprimenda*.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, o afastamento da valoração negativa da personalidade do paciente, a compensação da reincidência com a confissão espontânea e fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento a pena.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 251/253.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 310/313, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.507 - SC (2017/0073466-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na não compensação da reincidência com a confissão espontânea e no estabelecimento do regime inicial fechado.

De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

Na hipótese, veja-se como foi realizada a dosimetria da pena-base pelas instâncias ordinárias:

DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

Atento as diretrizes norteadoras do art. 59 do Código Penal, tenho que a culpabilidade do acusado é normal à espécie.

E reincidente e registra antecedentes criminais contra si, já que foi condenado nesta Comarca pela prática dos crimes de roubo, com sentença transitada em julgado em 23-8-2011, de furto, com sentenças transitadas em julgado em 28-8-2013 e 20-8-2014, e posse de entorpecentes para uso, com sentença transitada em julgado em 12-11-2012 (fls. 32-41), de modo que a primeira condenação será considerada para fins de reincidência e as outras como maus antecedentes.

Sua conduta social não restou melhor apurada, merecendo destaque, todavia, o fato do acusado estar cumprindo pena, quando se envolveu na prática de novo ilícito patrimonial. A personalidade deve ser considerada negativa, em razão de sua vasta folha de antecedentes criminais, todos por crimes contra o patrimônio.

Segundo entendimento da Corte Catarinense, "a valoração negativa da personalidade pode se dar com base nas condenações prévias transitadas em julgado, conforme assentou o Superior Tribunal de Justiça: "Constatada a existência de condenação transitada em julgado por fato anterior em desfavor do paciente, não há ilegalidade na valoração negativa da personalidade, a qual foi tida como 'voltada à prática de crimes'" (HC n. 227.649, Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.06.2013). Assim já decidiu esta Corte: "APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. ACOLHIMENTO. PERSONALIDADE DESVIRTUADA. HISTÓRICO DE CONDENAÇÕES NÃO DEIXAM DÚVIDAS DA DESONESTIDADE E AMBIÇÃO DESENFREADA DO AGENTE[...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO" (ACrim n. 2011.027896-8, Des. Marli Mosimann Vargas, j. 06.12.2011). Diante desse quadro, este relator entende ser possível a valoração negativa da personalidade do réu, mesmo sem laudo psicológico, tendo em vista a reiterada prática de delitos, evidenciando a personalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desajustada do réu. Acerca da circunstância da personalidade leciona Guilherme de Souza Nucci: "o juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu. [...] Não se exige que o magistrado seja um autêntico psicólogo para avaliar a personalidade, afinal, essa análise não tem a finalidade de conferir ao réu um tratamento qualquer, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo crime reconhecidamente cometido. Fosse considerado um autêntico diagnóstico o julgamento do juiz acerca da personalidade, como se tratasse de um profissional especializado, e não poderia o magistrado avaliar praticamente nada em matéria penal" (Individualização da Pena. RT. 5 ed. São Paulo, 2013. p. 175)." (Apelação Criminal n. 2014.018662-6, de Criciúma, Relator: Des. Getúlio Corrêa, j. em 22-4-2014).

Os motivos foram a obtenção do lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, logo, inerentes ao tipo. As circunstâncias já foram analisadas, enquanto que as conseqüências do crime foram normais, com destaque para a recuperação da res furtiva por parte da vítima. O comportamento da vítima em nada contribuiu para o resultado danoso, pois o fato de ter deixado o aparelho sobre a mesa em seu local de trabalho, por si só não significa que tenha desleixado quando a vigilância do bem. Aliás, tal conduta é comum por parte do proprietário do bem em seu local de trabalho.

Considerando que ao menos os antecedentes criminais e personalidade lhe são desfavoráveis, necessária a exacerbação da pena-base, que fixo em um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade.

(Sentença fls. 131/132)

In casu, o Magistrado sentenciante, ao condenar o acusado, ainda na primeira etapa do cálculo, reputou desfavorável os antecedentes e a personalidade do agente e, por conseqüência, exasperou a pena-base - cujo mínimo era de 01 (um) ano - para o patamar de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses, escorando-se na seguinte fundamentação (fls. 118/120):

(...)

Diversamente do que afirma a defesa, entendo que a consideração negativa das circunstâncias judiciais citadas encontram-se plenamente fundamentadas e justificadas em elementos concretos extraídos dos autos.

Vale ressaltar que, embora o Togado sentenciante tenha mencionado que a conduta social do réu merecia destaque em razão de "estar cumprindo pena quando se envolveu na prática de novo ilícito patrimonial, esta não foi considerada desfavorável,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tampouco contribuiu para a exasperação da pena-base.

No que tange às circunstâncias judiciais de antecedentes e personalidade do agente, na esteira do que grafado pelo MM. Juiz a quo, é possível atestar-se a existência de quatro condenações penais transitadas em julgado em desfavor do réu por fatos anteriores à prática delituosa apurada no feito em análise (fls. 82/89), sendo, dessa forma, perfeitamente viável o aumento da pena na primeira e segunda fase dosimétricas.

Nesse sentido, é imperioso registrar que doutrina e jurisprudência consagraram a possibilidade de, nos casos de réus com múltiplas condenações transitadas em julgado, cada uma delas servir a um recrudesimento de pena distinto, seja na primeira (art. 59 do CP) ou na segunda etapa da dosimetria (art. 61, I, do CP), desde que não haja múltipla valoração pelo mesmo fato.

Apenas para robustecer, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

(...)

Na espécie, muito embora o Magistrado sentenciante não tenha expressamente mencionado quais processos-crime foram considerados na majoração pela personalidade, constata-se, seguramente, em razão da pluralidade de condenações, que não houve múltipla valoração pelo mesmo fato (bis in idem) - porquanto das 04 (quatro) condenações contra si existentes, uma foi utilizada para a reincidência e as outras três para o reconhecimento dos maus antecedentes, sendo certo que apenas uma era suficiente para tal configuração, podendo as demais serem utilizadas, como por exemplo, à majoração da personalidade -, o que denota a idoneidade da argumentação lançada pelo Togado a quo para recrudescer a sanção.

No que tange especificamente ao vetor da personalidade do agente, a doutrina esclarece que:

(...)

Destarte, ao contrário do que entendeu a defesa e a douta Procuradoria de Justiça, existindo elementos nesse sentido, faz-se possível a valoração negativa com fulcro no entendimento acima explicitado, ainda que inexistam, nos autos, laudo psicológico. Com efeito, "[...] é prescindível a confecção de laudo psicológico para que a personalidade do agente seja considerada desfavorável no cálculo da pena-base, e é possível a negativação dessa circunstância judicial com fundamento na existência de três condenações definitivas que não foram sopesadas em outro momento da aplicação da pena"

Registre-se, ainda, que o aumento da pena ocasionado pela má valoração das mencionadas circunstâncias judiciais foi realizado em patamar de 1/6 (um sexto) para cada - parâmetro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corriqueiramente utilizado por esta Corte -, não se mostrando, portanto, desarrazoado.

Com efeito, certo é que o MM. Juiz a quo, ao se valer de diferentes condenações transitadas em julgado do réu para majorar sua sanção na primeira e segunda etapas da dosimetria, não decidiu de forma contrária à lei, mas, em verdade, filiou-se a entendimento jurisprudencial existente.

Mostra-se, assim, perfeitamente idônea a reputação negativa dos antecedentes e personalidade do acusado, porque fundamentada em elementos concretos constantes dos autos hábeis a embasar interpretação relativa a maior periculosidade e tendência a delinquir.

(Acórdão fls. 203/206)

Conforme se observa dos trechos supracitados, verifica-se que a pena-base foi exasperada em razão dos maus antecedentes e da personalidade.

Entretanto, verifico que as instâncias ordinárias se utilizaram de diversos processos transitados em julgado para valorar negativamente não apenas os maus antecedentes, mas também a personalidade. Contudo, as condenações anteriores não podem ser utilizadas como mesmo fundamento para valorar negativamente os maus antecedentes e a personalidade.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. ART. 180, CAPUT, DO CP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE FLAGRADO NA POSSE DO BEM DE ORIGEM ILÍCITA. ÔNUS DA PROVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

VI - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

VII - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de bis in idem. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício apenas para afastar a valoração negativa da conduta social e da personalidade, reduzindo-se a pena imposta para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DESMEMBRADAS. BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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

2. Condenações definitivas anteriores, não sopesadas para fins de reincidência, não podem ser desmembradas para análise desfavorável de várias circunstâncias do art. 59 do CP, sob pena de incorrer-se no inadmissível bis in idem, exasperando-se a pena básica do réu, na mesma etapa da dosimetria e de forma cumulativa, apenas em virtude do histórico criminal do agente.

3. Tendo em vista que os registros criminais do réu foram divididos para valorar negativamente duas circunstâncias judiciais (conduta social e personalidade), ensejando a dupla exasperação da pena na mesma etapa da dosimetria, deve ser afastada uma das vetoriais.

4. O número de armas de fogo (2) e de munições (26) apreendidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui elemento accidental do tipo previsto no art. 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento e é apto a justificar a exasperação da pena-base ante as circunstâncias desfavoráveis do crime, pois denota a maior gravidade da conduta quando comparada com aquela em que o agente porta uma única arma de fogo desmuniada ou, ainda, reduzido número de munições.

5. Consoante o entendimento deste Superior Tribunal, pacificado no julgamento do REsp 1.341.370/MT, 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 a interpretação conferida ao art. 67 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar em 3 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa a pena definitiva do paciente. (HC 265.100/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016).

Assim, necessário afastar a valoração negativa referente à personalidade.

Por fim, a defesa pleiteia a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, argumentando que, não obstante o acusado possua muitas condenações criminais, apenas uma delas foi utilizada na segunda fase, porquanto as demais foram utilizadas como maus antecedentes.

Veja o que foi consignado pelo Tribunal de origem quando provocado a se manifestar (fls. 209/212):

Na segunda fase dosimétrica, com relação ao pleito defensivo de compensação, tem-se que também não merece deferimento, uma vez que, nos termos do art. 67 do Código Penal, deve a circunstância agravante da reincidência preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea, de sorte a não se admitir uma exata compensação entre ambas.

Leia-se, a propósito, mencionado dispositivo legal:

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.

A respeito, extrai-se escólio de Celso Delmanto:

Quando ocorre concurso de circunstâncias agravantes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuantes, devem prevalecer, sobre as circunstâncias objetivas, as de cunho subjetivo, que o CP classifica como preponderantes, ou seja, as que resultam ou se originam dos motivos do crime, personalidade do agente e reincidência. (Código Penal Comentado, 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273).

O fato de a agravante da reincidência preponderar sobre a atenuante da confissão não significa que esta última deva ser ignorada, mas, sim, que, no embate entre tais circunstâncias, a reincidência prevalecerá, ou seja, deve-se proceder fração de aumento maior em razão da agravante, do que a fração de diminuição aplicada à atenuante.

Não se desconhece a existência de interpretações divergentes a respeito da possibilidade de compensação entre a confissão espontânea e a reincidência. Nem mesmo o julgamento do Recurso Especial nº 1.341.370/MT; Ordem de Inclusão n. 723; Tema 585, que, de acordo com a 2ª Vice-Presidência, consolidou o entendimento no sentido de ser possível a compensação. Observa-se que a citada decisão não se trata, em verdade, de decisão paradigmática a ponto de tornar o entendimento unânime e pacífico nos Tribunais Superiores.

Prova disso é que, mesmo após o julgamento do Recurso Especial mencionado, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo o entendimento majoritário de impossibilidade de compensação e preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea, nesse sentido: RHC n. 115.994/DF, Rel. Mina. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. em 02/04/2013; RHC n. 120.677/SP, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 18/03/2014; HC n. 105.543/MS, Rei. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 29/04/2014.

(...)

Ademais, os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, todavia, têm anotado a inviabilidade da compensação, em especial, nas hipóteses em que o réu ostenta multirreincidência ou reincidência específica, o que ocorre no presente caso.

Veja-se:

(...)

Portanto, principalmente por se tratar de multirreincidente e, inclusive, específico, permanece o entendimento majoritário no sentido de que a agravante da reincidência deve preponderar sobre a confissão espontânea, razão pela qual não há como acolher a tese defensiva.

De fato, é cediço neste Tribunal Superior que a multirreincidência obsta a compensação integral com a atenuante da confissão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

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 mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

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

(...)

5. Agravos regimentais não providos.

(AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017)

Contudo, não é esse o caso dos autos. Não obstante o paciente possua condenações criminais transitadas em julgado, apenas uma condenação foi utilizada na segunda fase, porquanto as demais foram utilizadas na pena-base (fl. 205), não havendo se falar em multirreincidência.

Ademais, cabe ressaltar que a reincidência específica também não impede a compensação integral com a confissão.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do agente que ostenta outra condenação pelo mesmo delito.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL NA TERCEIRA FASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA/STJ 443.

AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Súmula 443 desta Corte).

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensação pretendida" (HC n. 353.126/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/9/2016).

IV - O fato de o apenado haver sido detido em flagrante não impede a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. A respeito já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que "a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante" (AgRg no HC n. 201.797/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 2/2/2015).

Agravo regimental desprovido.

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

Dessa forma, tendo em vista que os fundamentos utilizados para a não compensação integral é inidôneo, resta configurado o constrangimento ilegal, devendo ser compensadas integralmente a reincidência e a confissão.

Passo a refazer a dosimetria.

Na primeira fase, redimensiono a pena-base para 1 ano e 2 meses de reclusão e 40 dias-multa. Na segunda fase, em razão da atenuante da confissão e agravante da reincidência, faço a compensação entre as duas. Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, fica a pena final arbitrada em 1 ano e 2 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Por fim, quanto ao regime, não há se falar em regime mais brando, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis. Dessa forma, não é aplicável ao caso o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DA PENA BASE COM UMA DAS QUALIFICADORAS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO PELA PRESENÇA DA REINCIDÊNCIA E DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é possível a utilização de uma qualificadora para exasperar a pena-base no crime de furto quando presentes duas ou mais qualificadoras (precedentes).

III - Mantida a pena-base acima do mínimo legal, e presente a agravante da reincidência, mostra-se adequado o estabelecimento do regime inicial fechado, não sendo o caso de incidência da Súmula 269/STJ, ainda que a pena seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 367.338/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016)

Ante o exposto, **não conheço** o *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena do paciente para **1 ano e 2 meses de reclusão e 40 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0073466-6

HC 394.507 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068440220148240011 082014003210912 341400219 68440220148240011
82014003210912

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: JEAN MARCELO DA SILVA MONTOYA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.