



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 291.237 - SP (2014/0065700-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LEONARDO COSTA MACHADO (PRESO)

### EMENTA

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.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "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).

4. A sentença baseou-se em circunstâncias do caso concreto para aumentar a pena em razão de os delitos (quatro roubos) terem sido praticados em concurso de pessoas (pelo menos três agentes) e com uso de arma de fogo.

5. Não houve violação da súmula 443 desta Corte, segundo a qual "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".

6. A exasperação da pena pelo concurso formal de delitos, que pode variar de 1/6 a 1/2, deve ser calculada em função do número de delitos praticados. No caso, foram cometidos 4 delitos de roubos. É razoável elevar a pena em 1/4 pelo concurso formal (art. 70 do CP) e não em metade, como fez a sentença.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantidos os demais termos da condenação, reduzir a pena imposta ao



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2014 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 291.237 - SP (2014/0065700-1)**

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de LEONARDO COSTA MACHADO, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação criminal n. 0116479-09.2012.8.26.0050 (fls. 1/20).

Segundo o *writ*, na ação penal, o paciente foi condenado, por ofensa ao art. 157 do Código Penal, a 4 anos e 10 dias-multa. Pela reincidência (art. 61, I, do CP), a pena foi agravada para 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa. Em razão de o delito ter sido praticado em concurso de agentes e com o auxílio de arma de fogo, a sentença elevou a pena em 3/8, perfazendo 6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa. Pelo fato de terem sido praticados 4 delitos (art. 70 do Código Penal), a pena foi aumentada em metade, tornando-se definitiva em 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 22 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos (fls. 65/72).

Consoante a impetrante, o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois o TJ/SP (fls. 30/37 e 73/79):

*a)* não compensou a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP) e a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP);

*b)* na terceira fase da dosimetria, elevou a pena em 3/8 (três oitavos), apenas com base na quantidade de causas de aumento (duas); e

*c)* pelo concurso formal, deveria ter aumentado a pena em 1/4, levando em conta a quantidade de patrimônios atingidos com a ação delituosa (quatro).

A liminar foi indeferida pelo relator na época, Ministro Moura Ribeiro (fl. 43).

Informações prestadas às fls. 63/83.

Em parecer (fls. 87/97), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas por que seja concedida ordem, de ofício, para que se proceda ao redimensionamento da pena.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 291.237 - SP (2014/0065700-1)**

### VOTO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal, ressalvando a possibilidade de concessão da ordem de ofício, nos casos de evidente constrangimento ilegal.

Pleiteia-se a concessão da ordem para que novo cálculo da pena seja feito: *a*) compensando-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP) e a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP); e *b*) reduzindo-se as frações de aumento pela quantidade de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do CP) e pelo concurso formal de crimes (art. 70 do CP).

Extrai-se dos autos que, após a fixação da pena-base no patamar mínimo, a sentença consignou, *in verbis* (fl. 70):

[...] Não há compensação da reincidência com a confissão, porquanto a confissão judicial foi apenas parcial, com o fim de reduzir a reprimenda pelo afastamento da causa de aumento da pena do emprego de arma de fogo. Sem qualquer dúvida, o réu alegou que nem ele, nem seus comparsas usaram arma para se beneficiar e alterar a verdade dos fatos; o que ficou bem caracterizado pelo conjunto da prova colhida, como já esmiuçado. É o entendimento dominante em nossos Tribunais: "A confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se dá de forma completa, a fim de se prestigiar a sinceridade do infrator, pois, em hipótese contrária, inexistiria verdade total da dinâmica da ocorrência penal" (RJDTCRIM 31/84). "Em se tratando da atenuante da confissão, o agente que, buscando minimizar sua conduta, compromete a verdade processual, não pode reclamar a obtenção do valor legal, pois além do requisito da espontaneidade, não se admite, para efeito de atenuação de penas, confissão pela metade" (RJDTCRIM 33/56). [...]

O TJ/SP rejeitou a compensação ao fundamento de que (fl. 77).

[...] Convém aqui lembrar, aliás, que **LEONARDO** Não faz jus a atenuante da confissão espontânea, posto que admitiu apenas parcialmente a sua culpa. [...].

Em relação à matéria, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, devendo, portanto, ser compensadas. Nesse sentido:

**RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/04/2013).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo 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.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

(EResp n. 1.154.752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 4/9/2012)

Assim, na segunda fase da dosimetria, a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, por serem ambas circunstâncias preponderantes, mostrando-se irrelevante a forma em que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a decisão, como no caso (fl. 67 e 68). À propósito:

A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. *In casu*, o Paciente confessou a prática do delito, logo, ainda que tenha negado o uso da arma, impõe-se a aplicação da atenuante.

(HC n. 268.287/SP, rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 3/6/2014).

Desse modo, o acréscimo da pena-base pelo reconhecimento da reincidência específica deve ser retirado da dosimetria, em decorrência da compensação desta agravante com a atenuante de confissão espontânea.

Diversamente do que afirma a impetrante, a sentença baseou-se em dados concretos do caso para aumentar a pena em razão de os delitos (quatro roubos) terem sido praticados em concurso de agentes (pelo menos três) e com uso de arma de fogo. O julgado arrimou-se em prova testemunhal, no reconhecimento dos agentes, nas declarações das vítimas e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos próprios réus, e no fato de que parte dos bens subtraídos foi apreendida em poder deles.

Com efeito, verifica-se que a sentença exasperou a pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço), baseando-se, motivadamente, em dados concretos e não apenas na mera quantidade de majorantes (fls. 68/70).

Desse modo, o julgado não violou a súmula 443 deste STJ, segundo a qual "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".

Por fim, assiste razão à impetrante no que tange ao aumento decorrente do concurso formal de crimes.

A sentença reconheceu o concurso formal e elevou a pena na fração máxima, isto é, em 1/2 (fls. 71). Todavia, como asseverou a impetrante, é razoável que o acréscimo da pena pelo concurso formal de delitos seja calculado em função do número de delitos praticados, que no caso corresponde ao número de patrimônios atingidos com a ação delituosa.

Esta Corte Superior possui o entendimento de que a exasperação da pena, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 1/2 (metade), para os crimes cometidos em concurso formal, deve ser aplicada de acordo com o número de delitos cometidos.

No caso, foram cometidos quatro crimes de roubo em concurso formal. Considero, portanto, razoável que a pena seja aumentada pela fração de 1/4.

Desse modo, realizo novo redimensionamento da pena.

A pena-base foi fixada no patamar mínimo em **4 anos de reclusão e 10 dias-multa**. Na segunda etapa da dosimetria, a pena manteve-se no mínimo legal, pela compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência. Na terceira fase, a pena foi elevada em 3/8, o que corresponde a 1 ano e 5 meses e 3 dias-multa, perfazendo **5 anos e 5 meses de reclusão e 13 dias-multa**. Ainda nessa etapa, pelo concurso formal de delitos (quatro), aumenta-se a pena em 1/4, o que corresponde a 1 ano e 4 meses de reclusão e 3 dias-multa, tornando-se definitiva em **6 anos e 9 meses de reclusão e 16 dias-multa**.

Ficam mantidos os demais termos da sentença, inclusive o regime prisional inicial fechado e o valor do dia-multa, em 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato (fl. 71).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Entretanto, CONCEDO A ORDEM, de ofício, para compensar a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência e para reduzir o aumento pelo concurso formal para 1/4, mantidos os demais termos da sentença.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0065700-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 291.237 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01164790920128260050 1164790920128260050 20140000056498

EM MESA

JULGADO: 16/12/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : LEONARDO COSTA MACHADO (PRESO)

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

#### **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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.