



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.591 - SP (2010/0033782-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FERNANDO FRANÇA MAGRI E OUTROS
ADVOGADO : FERNANDO FRANÇA MAGRI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITO PIRES DE SOUZA NETO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE AUSENTE.

1. Inviável considerar-se ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista ter sido demonstrada a elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada.

2. Segundo precedentes da Suprema Corte e deste Superior Tribunal, podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame.

3. Apontados elementos concretos que demonstram a desfavorabilidade das circunstâncias do crime, haja vista o *modus operandi* empregado em seu cometimento, não há como proceder-se à redução da pena-base ao mínimo legal.

CONFISSÃO JUDICIAL. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. PARCIALIDADE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A confissão realizada em sede judicial é suficiente para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, quando expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

CONCURSO DE CRIMES. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. DUPLO AUMENTO. ALEGADO BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a concorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes.

2. Ocorre *bis in idem* quando há majoração da reprimenda primeiramente em razão do concurso formal, haja vista o cometimento de um delito roubo contra duas vítimas diferentes num mesmo contexto fático, e, em seguida, em função do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento do crime continuado em relação ao terceiro assalto cometido.

EXECUÇÃO. REGIME FECHADO. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Inviável a imposição do modo intermediário de cumprimento de pena, pois, não obstante a reprimenda do paciente tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o *modus operandi* empregado no cometimento dos delitos revela a gravidade concreta dos ilícitos perpetrados e a periculosidade do acusado.

2. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reconhecer a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea e para afastar o aumento de pena procedido em razão do concurso formal de crimes, tornando a reprimenda do paciente definitiva em **10 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 51 dias-multa**, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de maio de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.591 - SP (2010/0033782-4)

IMPETRANTE : FERNANDO FRANÇA MAGRI E OUTROS
ADVOGADO : FERNANDO FRANÇA MAGRI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITO PIRES DE SOUZA NETO (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de BENEDITO PIRES DE SOUZA NETO, contra acórdão proferido pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 990.09.189664-0, interposta pela defesa, para, reconhecendo a continuidade delitiva, reduzir a reprimenda do paciente para **12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 9 (nove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 51 dias-multa**, imposta pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 70, por duas vezes, e no art. 157, § 2º, II, na forma do art. 69, *caput*, todos do CP.

Os impetrantes alegam constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente teria sido fixada acima do mínimo legalmente previsto sem que tivessem sido apontados elementos concretos dos autos que justificassem a elevação, ressaltando que o fato de as vítimas serem mais desfavorecidas do que o paciente, tanto do ponto de vista econômico quanto físico, não seria fundamento idôneo a ensejar a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

De igual modo, consideram que o fato de as vítimas serem do sexo feminino também não poderia autorizar a elevação procedida na pena-base, tampouco o poderia a ofensa a elas dirigida durante a execução dos crimes, vez que, segundo entendem, a reprovabilidade dessa conduta seria inerente ao próprio desvalor do tipo abstratamente considerado.

Destacam que o paciente foi tido como possuidor de maus antecedentes em razão de uma condenação ainda sem o trânsito em julgado, o que violaria o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Sustentam, outrossim, que a confissão parcial do paciente, ocorrida em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sede judicial, teria sido utilizada para a formação do convencimento do juiz sentenciante pela sua condenação, razão pela qual deveria ser aplicada a atenuante genérica prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP, ressaltando que o condenado teria negado apenas a agressão às vítimas por meio de socos e pontapés, mas não o cometimento do delito de roubo.

Consideram que, tendo sido reconhecida a continuidade delitiva, deveria ter sido excluído o aumento da reprimenda relativo ao concurso formal de crimes, eis que, da forma como procedido, teria havido um duplo aumento da pena do delito mais grave.

Requerem a concessão da ordem para que:

- a) seja a pena-base do paciente fixada no mínimo legalmente previsto;
- b) seja aplicada a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP;
- c) seja excluído o aumento de pena procedido em virtude do concurso formal de crimes, mantendo-se apenas a elevação de 1/2 (metade) aplicada em razão da continuidade delitiva;
- d) sendo reduzida a reprimenda nos moldes acima, seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial da impetração e, nessa extensão, pela concessão em parte da ordem, apenas para que fosse aplicada, em favor do paciente, a atenuante genérica da confissão espontânea.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.591 - SP (2010/0033782-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

In casu, verifica-se que o paciente **foi condenado, em primeiro grau, à pena de 15 (quinze) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 51 dias-multa**, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 70, por duas vezes, e no art. 157, § 2º, II, na forma do art. 69, *caput*, todos do CP.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para, por maioria, reconhecer a continuidade delitiva entre os dois primeiros delitos (cometidos em concurso formal) e o terceiro e, conseqüentemente, reduzir a reprimenda do paciente para **12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 9 (nove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 51 (cinquenta e um) dias-multa**, mantido, no mais, o édito condenatório.

Os impetrantes noticiam que, contra esse acórdão, foram interpostos embargos infringentes para discutir o reconhecimento, por maioria de votos, da continuidade delitiva prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, ainda pendente de julgamento quando da impetração do presente *writ*.

No que se refere à alegada inadequação da pena-base imposta ao paciente, cumpre destacar, para melhor análise da questão *sub examine*, o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *verbis*:

Os réus são pessoas de classe média e ambos tiveram acesso a curso superior (BENEDITO cursava Educação Física na faculdade [...]).

Tiveram a opção, diferentemente da esmagadora maioria do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubadores, de optar por um meio lícito de garantir a sua sobrevivência e, inclusive, sustentar o próprio consumo de drogas.

BENEDITO, segundo demonstra a cópia de fls. 71/72, juntada pela própria defesa, já praticou roubos em situação idêntica, mediante violência praticada contra vítimas do sexo feminino, que caminhavam em via pública, diferentemente dele, que ocupava na ocasião automóvel importado.

Foi, na época, beneficiado com regime intermediário.

Não foi diferente no caso dos autos. As vítimas, recepcionista, publicitária e garçoneiro, respectivamente, estavam a pé quando abordadas pelos acusados, que ocupavam o veículo de propriedade de FERNANDA.

Duas delas, num ponto de ônibus.

[...]

Não bastasse a violência empregada para a prática do crime, foram chamadas de vagabundas.

Tais circunstâncias não podem ser ignoradas. Os réus escolheram vítimas mais frágeis, econômica e fisicamente, do que eles próprios, e as ofenderam desnecessariamente.

Moralmente, isso se denomina covardia. Juridicamente, ousadia, merecedora de reprovação exemplar.

O réu não é reincidente por questão de dias (certidão de fls. 244). Mas já foi condenado, definitivamente, por crime idêntico, por fato anterior aos tratados no presente. Em virtude de seus maus antecedentes, a pena-base, em relação a ele, foi fixada um terço acima do mínimo. (e-STJ fls. 42-45)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção básica irrogada ao paciente, por entender que *"foram adequadamente aumentadas em 1/3 (um terço), consideradas a forma de execução, suas condições pessoais em relação à vítima e a condenação anterior com trânsito em julgado intercorrente (fls. 244), como circunstâncias judiciais desfavoráveis"* (e-STJ fl. 55).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o juiz sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os antecedentes e as circunstâncias do crime.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7. ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

E, no caso *sub examine*, verifica-se que o juiz singular considerou acentuada a culpabilidade do paciente, ao argumento de que seria pessoa de classe média, que teve oportunidade de ter acesso a curso superior, eis que, quando do cometimento dos delitos dos autos, cursava Educação Física em uma faculdade, de maneira que, *"teve a opção, diferentemente da esmagadora maioria dos roubadores, de optar por um meio lícito de garantir a sua sobrevivência"* (e-STJ fl. 43), mas assim não o fez, sendo certo que, segundo consta do édito condenatório, *"já praticou roubos em situação idêntica, mediante violência praticada contra vítimas do sexo feminino, que caminhavam em via pública"* (e-STJ fl. 43), e que, na época, foi beneficiado com a progressão para o regime intermediário mas, não obstante, voltou a delinquir, praticando os crimes de roubo em espécie, circunstâncias que, à toda evidência, revelam a acentuada censurabilidade do comportamento do agente, a ensejar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria.

Na sequência, o togado singular considerou desfavoráveis os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, ao argumento de que *"já foi condenado definitivamente, por crime idêntico, por fato anterior aos tratados no presente"* (e-STJ fl. 45).

Da folha de antecedentes penais colacionada aos autos, observa-se que o que motivou as instâncias ordinárias a exasperar a pena-base do paciente foi a existência de apenas 1 (uma) condenação penal transitada em julgado após o cometimento dos delitos de roubo objetos do presente *writ*, ocorridos em 26-4-2007, mas por fatos anteriores ao mesmo, qual seja, a relativa ao Processo-Crime n.º 35509/2005, da 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, em que foi imposta a reprimenda de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157 do CP, por duas vezes, em concurso formal, ocorrido em 7-5-2001 (e-STJ fls. 215), com trânsito em julgado para a defesa em 14-4-2008 (e-STJ fl. 220).

Apesar de anteriormente entender pela impossibilidade de consideração, como maus antecedentes, de condenações transitadas em julgado após o cometimento do delito em análise, em razão de recentes decisões da Suprema Corte e de precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, revi meu posicionamento, concluindo que tais anotações podem, sim, ser negativamente valoradas para fins de elevação da reprimenda-base, sob o título de maus antecedentes.

Confira-se, a propósito, nesse norte, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO A QUE ORA RESPONDE O PACIENTE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.
I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal.
II - Recurso desprovido.(RE 608718 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, DJe-068 DIVULG 08-04-2011 PUBLIC 11-04-2011 EMENT VOL-02500-02 PP-00410)

E, desta Corte Superior de Justiça, tem-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REINCIDÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES.

1. Se a primeira condenação imposta ao Paciente transitou em julgado em 10 de setembro de 2007, não lhe poderia ser aplicada a agravante da reincidência no caso concreto, no qual a prática delitiva ocorreu em 12 de abril de 2007.

2. Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para afastar a agravante da reincidência e redimensionar as penas para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias.

(HC 167602/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita em razão da consideração negativa dos antecedentes do paciente na primeira etapa da dosimetria.

Por fim, o magistrado de primeiro grau considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, eis que as vítimas estavam a pé numa parada de ônibus quando foram abordadas pelo paciente e pela corré Fernanda, os quais encontravam-se em um veículo automotor, sendo que, conforme consta do édito condenatório, as ofendidas, do ponto de vista físico, eram mais frágeis do que os agentes, os quais, mediante violência consistente em socos e empurrões (as vítimas tentaram resistir e foram agredidas), subtraíram-lhes bolsas e outros bens de uso pessoal, ofendendo-as ainda moralmente no momento da prática delitiva, o que extrapola a grave ameaça que integra do tipo do crime *sub examine*, elementos que, somados, autorizam a elevação procedida na pena-base nesse ponto, diante da desfavorabilidade das circunstâncias em que perpetrados os delitos de roubo.

Por essas razões, justamente porque verificada a adequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, não há ilegalidade a ser declarada através da via eleita no tocante à fixação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legalmente previsto - 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa - como procedido pelo togado singular e mantido pela Corte originária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relativamente ao pretendido reconhecimento, em favor do paciente, da atenuante genérica da confissão espontânea, constata-se a existência de ilegalidade a ensejar a aplicação, na espécie, da atenuante prevista no art. 65, inciso III, *d*, do CP, vez que, da leitura da sentença condenatória, verifica-se que, embora tenha sido levada em consideração para condená-lo pelo delito patrimonial, deixou o magistrado singular de sopesá-la na aplicação da pena.

Com efeito, o juiz sentenciante, quando da prolação da sentença penal condenatória, entendeu devidamente comprovada a autoria delitiva, aduzindo, para tanto, que *"Interrogado em juízo, BENEDITO confessou a autoria dos roubos, mas negou ter empregado violência"* (e-STJ fl. 35). Não obstante, considerou inviável o reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, sob o fundamento de que *"os réus confirmaram a autoria, mas negaram o emprego de grave ameaça. Tratando-se de confissão qualificada, não há como reconhecer a circunstância atenuante"* (e-STJ fl. 45).

O Tribunal de origem, por sua vez, também entendeu que estaria devidamente comprovada a autoria delitiva, tendo destacado que seria de rigor a manutenção da condenação do paciente, ao argumento de que *"deve ser considerada, ainda, a parcial confissão judicial de Benedito, após sugestivo silêncio na fase extrajudicial, quando, sem sucesso, tentou negar as agressões às vítimas"* (e-STJ fl. 53). No entanto, entendeu incabível a aplicação da atenuante genérica em questão, *"pois parcial"* (e-STJ fl. 55).

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que tanto o magistrado de primeiro grau quanto o órgão colegiado entenderam que a confissão do paciente, operada em sede judicial, teria contribuído para a comprovação da autoria do crime e, não obstante ele tenha confessado apenas parte da conduta criminosa, já que negou o emprego de grave ameaça perpetrado contra as vítimas, evidenciado está o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima, pois o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que *"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, sendo irrelevante que a confissão seja incompleta."* (RHC n.º 24.914/GO, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Laurita Vaz, julgado em 19-10-2010, DJe 1-2-2011).

Vale dizer, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS.

*I - Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea *d*, do CP (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).*

[...]

Ordem parcialmente concedida apenas para redimensionar o quantum da pena imposta aos pacientes. (HC n.º 143.719/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 2-9-2010, DJe 11-10-2010)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. CARACTERIZAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA FINS DE CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE.

[...]

5. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, uma vez que efetivamente usada pela sentença para embasar a condenação. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados." (HC n.º 88.316/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15-12-2009, DJe 8-2-2010)

Sendo assim, de rigor o reconhecimento e aplicação da atenuante genérica da confissão espontânea em favor do paciente, prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, para reduzir a pena, na segunda etapa da dosimetria, em 3 (três) meses de reclusão, que resta, nessa fase, em **5 anos e 1 mês de reclusão, mantida a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pecuniária em 13 dias-multa, pois não sofre alteração nessa etapa.

Na terceira fase da dosimetria, considerando o aumento de $\frac{1}{3}$ (um terço) procedido por força da causa especial de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP, relativa ao concurso de agentes, fica a reprimenda do paciente, para cada um dos delitos, em **6 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa**.

No que tange à pretendida exclusão do aumento de pena procedido em razão do concurso formal de crimes, ao argumento de que, tendo sido reconhecida a continuidade delitiva, que entende deve prevalecer, teria havido um duplo aumento da sanção do delito mais grave, ao impor-se o aumento de pena relativo ao concurso formal, sorte socorre aos impetrantes.

Há concurso formal de crimes, estabelecido no art. 70 do CP, quando o agente, mediante uma só conduta (comissiva ou omissiva), comete dois ou mais crimes, idênticos ou não, caso em que se lhe aplicará a pena mais grave, dentre as cabíveis, ou se iguais, apenas uma delas, elevada, em qualquer hipótese, de $\frac{1}{6}$ a metade (concurso formal próprio ou perfeito). As penas, entretanto, serão aplicadas cumulativamente quando a ação ou omissão forem dolosas e os crimes concorrentes resultarem de desígnios autônomos (concurso formal impróprio ou imperfeito).

Ocorre o crime continuado, previsto no art. 71 do CP, que segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência é ficção jurídica criada para beneficiar o criminoso ocasional ou eventual, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras, os subseqüentes poderão ser considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas (crime continuado homogêneo), ou a mais grave, se diversas (crime continuado heterogêneo), aumentada, em qualquer hipótese, de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$ (crime continuado próprio).

Na espécie, verifica-se que o paciente subtraiu, mediante violência e grave ameaça, bens de Vanessa de Souza e de Karina Dias da Silva, mediante uma só ação, num mesmo contexto fático (estavam as duas vítimas na parada de ônibus quando foram abordadas pelo paciente e pela corré), e, logo em seguida, também mediante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência física e grave ameaça, subtraiu bens de Débora Cristina Camargo de Souza.

Quando da prolação da sentença condenatória, o juiz sentenciante entendeu que, em relação aos dois primeiros delitos de roubo - cometidos contra Vanessa e Karina - estaria configurado o concurso formal de crimes, razão pela qual exasperou a reprimenda aplicada a um dos ilícitos, já que idênticas, de 1/6 (um sexto) e, em seguida, aplicando a regra do concurso material, somou a pena obtida com a aplicada em razão do roubo cometido contra Débora, chegando à sanção definitivamente imposta ao paciente (e-STJ fl. 46).

A Corte impetrada, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reconhecer a continuidade delitiva específica, prevista no art. 71, parágrafo único, do CP, entre os roubos praticados contra Vanessa e Karina (em concurso formal) e o perpetrado contra a vítima Débora, razão pela qual, considerando *"a culpabilidade dos réus, bem como as peculiaridades e circunstâncias diferenciadas do caso concreto"*, houve por bem elevar a reprimenda mais grave - aquela em que houve o aumento pelo concurso formal de crimes - de 1/2 (metade) (e-STJ fl. 58).

Como afirmado pelos impetrantes na inicial e confirmado pelo Tribunal de origem quando das informações, os embargos infringentes foram aforados para discutir a questão do reconhecimento, na espécie, da continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do CP. Pretende a defesa o reconhecimento da continuidade delitiva disposta no *caput* do art. 71 do CP -, e, apesar de ainda não julgados, tal não impede a análise da questão aqui posta - ocorrência de *bis in idem* em razão do reconhecimento do concurso de crimes formal e continuado.

E, nesse ponto, razão assiste aos impetrantes, pois, consoante precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, há *bis in idem* na dupla majoração da reprimenda pelo concurso formal e, em seguida, pela continuidade delitiva, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRESSUPOSTOS PARA CARACTERIZAÇÃO DE CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO. DUPLA MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE.

1. A teor do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver no julgado ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, o que não ocorreu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese.

2. "Esta Corte já se posicionou no sentido de que, nas situações em que configuradas as duas hipóteses de aumento da pena concernentes ao concurso formal e à continuidade delitiva, admite-se apenas uma exacerbação, qual seja, aquela relativa ao crime continuado, sob pena de bis in idem" (HC 70.110/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 04/06/2007).

3. Recurso desprovido.

(REsp 1062517/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 04/05/2011 - destacamos)

No referido julgado citam-se precedentes, no mesmo norte, do Supremo Tribunal Federal.

A doutrina não discrepa, ensinando que:

*[...]. Permanece, contudo, a dificuldade quando houver entre os componentes do crime continuado, um concurso formal de delitos. **A solução mais razoável é a de que o aumento deve incidir sobre a pena mais severa dos crimes componentes, excluído o aumento decorrente do concurso formal, servindo os resultados diversos deste apenas para a contagem do número de ilícitos praticados.** Do contrário, o reconhecimento do concurso formal, cujo tratamento é mais benigno que o do crime continuado, trará uma aplicação mais severa da pena afinal aplicada do que se reconhecesse, na conduta com vários resultados, uma continuidade delitiva. (MIRABETE, Julio Fabbrini e outro, Manual de Direito Penal, volume 1: Parte Geral, 24^a ed. Atlas: SP, 2007, p. 330 - grifamos)*

Assim, há constrangimento ilegal a ser reparado através da via eleita pois a Corte impugnada fez incidir o aumento de 1/2 (metade), dada a admissão, quando do julgamento do apelo defensivo, da continuidade delitiva entre as duas primeiras subtrações e a terceira, na pena mais grave obtida, ou seja, aquela que foi elevada de 1/6 em razão do reconhecimento do concurso formal.

Assim, deve a fração de 1/2 (metade) incidir sobre a pena mais grave, afastado o aumento em razão do concurso formal de crimes, restando a sanção do paciente definitiva, então, em **10 anos e 2 meses de reclusão**.

Por força do disposto no art. 72 do Código Penal, a sanção pecuniária fica definitiva em **51 dias-multa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Finalmente, no que tange à pretendida fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, inviável acolher-se o pleito, pois, além de a reprimenda do paciente ter sido definitivamente estabelecida em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, o *modus operandi* empregado no cometimento dos delitos, revela a gravidade concreta dos ilícitos perpetrados e a periculosidade efetiva do paciente, evidenciando que, *in casu*, o modo inicial fechado é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e repressão dos delitos denunciados.

Nesse contexto, verificando-se que a imposição da forma fechada para o início do resgate da sanção reclusiva encontra-se devidamente justificada, com base na especificidade do caso e na gravidade concreta dos crimes cometidos, inviável a imposição do modo intermediário de cumprimento de pena, como pretendido.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, para reconhecer a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea e para afastar o aumento de pena procedido em razão do concurso formal de crimes, tornando a reprimenda do paciente definitiva em **10 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 51 dias-multa**, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0033782-4

HC 163.591 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50070328544 6222007 990091896640

EM MESA

JULGADO: 24/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO FRANÇA MAGRI E OUTROS
ADVOGADO : FERNANDO FRANÇA MAGRI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITO PIRES DE SOUZA NETO (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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.