



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.055 - SP (2011/0021251-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO IANI RODRIGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE SEM DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSUMAÇÃO DO ROUBO. POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DO PRETÓRIO EXCELSO CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. AUSÊNCIA DAS CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE IMPOSSIBILITA O EXAME DA LEGALIDADE DA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado em segunda instância como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, em sua forma consumada.

2. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief*.

3. Anulado o primeiro acórdão, o fato de novo julgamento ter sido realizado com a prévia intimação pessoal do defensor público, tal como obriga a lei, não leva à conclusão de que era forçosa a modificação do entendimento anteriormente adotado pela Corte. Se eventual apresentação de memoriais ou realização de sustentação oral não foi suficiente para convencer os julgadores das teses suscitadas pela Defesa, não há razões para se exigir a agregação de novo conteúdo ao acórdão originário, desde que razoável a fundamentação deste.

4. No que se refere à consumação do crime de roubo, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual considera-se consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

5. A avaliação de eventual ilegalidade na primeira etapa da dosimetria da pena constitui operação impossível no caso concreto, notadamente porque a Impetrante não se desincumbiu do ônus – que lhe cabia – de trazer aos autos a folha de antecedentes criminais do Paciente.

6. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. 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.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para o fim de reconhecer a atenuante de confissão espontânea e compensá-la com a agravante de reincidência, reduzindo a pena, por conseguinte, para 06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a serem cumpridas inicialmente no regime fechado, nos termos do voto condutor.

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.055 - SP (2011/0021251-1)

IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO IANI RODRIGUES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de MARCIO IANI RODRIGUES em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim sumulado:

"DERAM PROVIMENTO AO APELO PARA O FIM DE MAJORAR A PENA FIXADA NA R. SENTENÇA, ESTABELECENDO A REPRIMENDA EM 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 17 (DEZESSETE) DIÁRIAS MÍNIMAS DE MULTA. V.U" (fl. 26).

Consta dos autos que o Paciente, em primeira instância, foi condenado como incurso no art. 157, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, às penas de 02 anos e 08 meses de reclusão em regime fechado, e 06 dias-multa.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para considerar que o crime foi consumado, aumentando as penas para 07 anos de reclusão e 17 dias-multa, mantendo, no mais, a condenação.

Seguiu-se a impetração de *habeas corpus* perante este Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem foi concedida para anular o acórdão que julgou a apelação, em face da falta de intimação pessoal do defensor público da respectiva sessão de julgamento.

Novo julgamento foi prolatado com a intimação prévia do defensor, porém nos mesmos moldes do anterior.

Inconformada, a Impetrante alega, em suma, (i) nulidade do aludido acórdão, porquanto *"não houve novo julgamento pelo Tribunal de Justiça, uma vez que o nobre Desembargador copiou e colou a sua decisão anterior, ou seja, não alterou uma palavra sequer do julgamento anulado, em verdadeiro desrespeito a decisão que anulou o primeiro julgamento proferido por esta Corte (fls. 152/157 e 222/227)"* (fl. 04); (ii) reconhecimento indevido do crime consumado, tendo em vista que o Paciente *"não obteve a posse mansa e pacífica da res delitiva, pois foi perseguido pelos agentes, ainda quando tentava se evadir do local dos fatos"* (fl. 04); (iii) exasperação abusiva da pena-base; e (iv) afastamento indevido da atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, pois, a concessão da ordem *"para reconhecer a forma tentada do roubo, fixar a pena base no mínimo legal, bem como reconhecer a atenuante da confissão espontânea"* (fl. 08).

Informações dispensadas em decisão de fls. 46/47.

O Ministério Público Federal pugnou pelo conhecimento parcial do *writ* e, nessa extensão, pela denegação da ordem (fls. 55/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.055 - SP (2011/0021251-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE SEM DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSUMAÇÃO DO ROUBO. POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DO PRETÓRIO EXCELSO CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. AUSÊNCIA DAS CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE IMPOSSIBILITA O EXAME DA LEGALIDADE DA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado em segunda instância como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, em sua forma consumada.

2. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief*.

3. Anulado o primeiro acórdão, o fato de novo julgamento ter sido realizado com a prévia intimação pessoal do defensor público, tal como obriga a lei, não leva à conclusão de que era forçosa a modificação do entendimento anteriormente adotado pela Corte. Se eventual apresentação de memoriais ou realização de sustentação oral não foi suficiente para convencer os julgadores das teses suscitadas pela Defesa, não há razões para se exigir a agregação de novo conteúdo ao acórdão originário, desde que razoável a fundamentação deste.

4. No que se refere à consumação do crime de roubo, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual considera-se consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

5. A avaliação de eventual ilegalidade na primeira etapa da dosimetria da pena constitui operação impossível no caso concreto, notadamente porque a Impetrante não se desincumbiu do ônus – que lhe cabia – de trazer aos autos a folha de antecedentes criminais do Paciente.

6. 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.

7. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessas circunstâncias.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para o fim de reconhecer a atenuante de confissão espontânea e compensá-la com a agravante de reincidência, reduzindo a pena, por conseguinte, para 06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a serem cumpridas inicialmente no regime fechado, nos termos do voto condutor.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Conforme relatado, quatro são as teses suscitadas pela Impetrante: (i) **nulidade do acórdão impugnado**, porque não obstante esta Corte Superior tenha determinado a anulação do julgamento primevo, o Tribunal de origem, em novo julgamento, limitou-se a "copiar e colar" o acórdão originalmente invalidado; (ii) **não ocorrência da consumação do delito**, pois não houve, em nenhum momento, a posse mansa e pacífica da coisa; (iii) necessidade de **redução da pena-base**, pois inexistente circunstância judicial desfavorável ao Paciente, e, por outro lado, nítido o desrespeito ao critério trifásico; (iv) possibilidade de **reconhecimento da atenuante de confissão espontânea**.

Pois bem, conforme regra legal, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado. É o que se prevê no art. 563, do Código de Processo Penal, o qual positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*).

Dispõe o referido dispositivo:

"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

No caso, todavia, nenhum prejuízo restou demonstrado pela Impetrante. Com efeito, anulado o primeiro acórdão, o fato de novo julgamento ter sido realizado com a prévia intimação pessoal do defensor público, tal como obriga a lei, não leva à conclusão de que era forçosa a modificação do entendimento anteriormente adotado pela Corte. Se eventual apresentação de memoriais ou realização de sustentação oral não foi suficiente para convencer os julgadores das teses suscitadas pela Defesa, não há razões para se exigir a agregação de novo conteúdo ao acórdão originário, desde que razoável a fundamentação deste. Devidamente cumpridos os princípios do contraditório e da ampla defesa, e não tendo a Impetrante se desincumbido do ônus de comprovar eventual prejuízo, não há nenhuma ilegalidade a ser reparada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A questão da consumação do crime foi assim analisada pela Corte de origem:

"De outra banda, não resta dúvida quanto à consumação do delito. Isso porque, cessada a grave ameaça, o increpado apoderou-se da res furtiva e empreendeu fuga em um coletivo, tendo sido capturado por agentes de vigilância que haviam sido comunicados da ocorrência pela vítima. A essa altura, os objetos subtraídos já estavam submetidos à posse alheia, circunstância que tornara consumado o roubo. Relevante ressaltar que a perseguição e a recuperação da res não elidem o momento consumativo do delito" (fls. 38/39).

Não comporta reparos o acórdão impugnado, tendo em vista que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes proferidos no âmbito deste Tribunal Superior e da Suprema Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. ROUBO CONSUMADO. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSO E PACÍFICA DA RES FURTIVA.

1. As instâncias ordinárias, após procederem ao cotejo do conjunto probatório, formaram seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade atribuídas ao Paciente (delito de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes), fundamentando a condenação nos depoimentos da vítima e de testemunhas.

2. A pretendida reforma do acórdão ora atacado, com pedido de reavaliação de todo o conjunto fático-probatório, para que seja desclassificado o crime de roubo para o delito de furto, não é possível na via estreita do habeas corpus.

3. O Supremo Tribunal Federal e esta Corte, no que se refere à consumação do crime de roubo, adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual considera-se consumado o delito no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado." (HC 127.518/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 21/03/2011.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONFIGURAÇÃO. POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. DESNECESSIDADE. CRIME CONSUMADO.

1. De acordo com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranqüila, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito.

2. Inaplicável o enunciado da Súmula nº 7 deste Superior Tribunal de Justiça, pois "a questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática." (AgRg no REsp 721.466/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJe 1º/7/2009).

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.112.134/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 08/11/2010.)

"EMENTA: HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL. PERSEGUIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE POSSE TRANQUILA. DESNECESSIDADE. ROUBO CONSUMADO. ORDEM DENEGADA. É prescindível, para a consumação do roubo, que o agente consiga a posse tranqüila da coisa subtraída, mesmo que perseguido e preso por policiais logo após o fato. Não há como prosperar, pois, a alegação de que o roubo não saiu da esfera de tentativa. Ordem denegada." (STF, HC 91.154/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 19/12/2008.)

"Habeas corpus. Processual penal e Penal. Trânsito em julgado. Cabimento de habeas corpus. Crime de roubo. Consumação. Precedentes da Corte. 1. O trânsito em julgado da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, não impede o julgamento do habeas corpus. 2. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que a prisão do agente, ocorrida logo após a subtração da coisa furtada, ainda sob a vigilância da vítima ou de terceira pessoa, não descaracteriza a consumação do crime de roubo. 3. Habeas corpus denegado." (STF, HC 94.406/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 05/09/2008.)

"I. Roubo: consumação. A jurisprudência do STF, desde o RE 102.490, 17.9.87, Moreira Alves, dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada "esfera de vigilância da vítima" e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da "res furtiva", ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata; com mais razão, esta consumado o crime se, como assentado no caso, não houve perseguição, resultando a prisão dos agentes, pouco depois da subtração da coisa, a circunstancia accidental de o veículo, em que se retiravam do local do fato, ter apresentado defeito mecânico. II. Roubo: pena: concorrência de duas causas especiais de aumento: critério de exacerbação da pena-base. A ocorrência de duas das causas de aumento especial da pena do roubo - o emprego de armas e o concurso de agentes - só por si não basta para exacerbar a sanção ao máximo do acréscimo percentual autorizado em lei: a graduação há de decorrer de circunstancias do caso concreto, declinadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na motivação da sentença." (HC 69.753/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 19/02/1993.)

Restam para análise as teses relativas à primeira e à segunda fase da dosimetria.

Por oportuno, transcrevo o trecho relevante da *decisum* impugnada:

*"Merece prosperar o pleito atinente ao aumento da pena-base. De fato, o réu ostenta **maus antecedentes, péssima conduta social e personalidade** deformada, voltada para a prática reiterada de crimes (especialmente roubo), tendo suportado condenações com trânsito em julgado, conforme certidões de fls. 66, 67, 68 e 73. Assim, diante da imperiosa necessidade de reprovação e prevenção da prática delitiva, estabeleço o acréscimo da basal na metade.*

Vale ressaltar que o nobre Promotor de Justiça, ao empregar o vocábulo 'reincidência' na fase da definição da pena-base, certamente o concebeu no sentido amplo, abrangidos, assim, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu.

A respeito da confissão, registro que essa circunstância, como determinante de alguma redução de pena, há de corresponder a um gesto de arrependimento, evidenciando remorso ou propósito de que nada do que está confessado venha a se repetir. No caso vertente, a confissão não se reveste dessas características, o réu admitiu parcialmente os fatos, por certo (disse que 'devolveu o celular', o que não corresponde à verdade – fls. 92), na falta de versão melhor que lhe pudesse beneficiar, eis que comprometido pela evidência da prisão em flagrante. Jamais demonstrou ânimo de afastar-se da delinquência admitida, mesmo porque, ao revés, parece tratar-se de um irreversível profissional de assaltos [...]

*Assim, a pena-base é fixada em 6 (seis) anos e 15 (quinze) dias-multa. No segundo estágio de apenação - afastada a atenuante da confissão espontânea - fica mantida a agravante genérica da **reincidência** estabelecida pela r. sentença, definindo-se o acréscimo em 1/6 (um sexto). A punição final, então, - à falta de causas de aumento ou de diminuição na terceira fase de aplicação do castigo - consistirá 'em 7 (sete) anos e 17 (dezessete) dias-multa.*

Destarte, pelo meu voto, dou provimento ao apelo para o fim de majorar a pena fixada na r. sentença, estabelecendo a reprimenda em 7 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) diárias mínimas de multa" (fls. 37/41 – grifei.).

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Ora, como é sabido, ao individualizar a pena, o julgador deve examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso dos autos, as três circunstâncias judiciais reputadas desfavoráveis pela Corte de origem, a saber, os maus antecedentes, a personalidade, e a conduta social do agente, tiveram como mesma origem argumentativa o fato de o réu ter "**suportado condenações com trânsito em julgado, conforme certidões de fls. 66, 67, 68 e 73**". Embora a utilização dos maus antecedentes para a avaliação da personalidade e da conduta social do réu demonstre a debilidade técnica do acórdão impugnado, o certo é que a avaliação dos antecedentes criminais, e também a alegada violação ao critério trifásico – eventual *bis in idem* entre maus antecedentes e reincidência –, constituem operações impossíveis no caso concreto, notadamente porque a Impetrante não se desincumbiu do ônus – que lhe cabia – de trazer aos autos a folha de antecedentes criminais do Paciente.

Desse modo, inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, sobretudo porque **o Tribunal de origem se baseou em quatro certidões de antecedentes criminais** – que, à ausência de instrução adequada, permite presumir que o réu possui outras condenações transitadas em julgado –, o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à discrecionabilidade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A MUNIÇÕES APREENDIDAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

1. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas e munição de uso restrito, como no caso dos autos, em que o Paciente foi flagrado na posse de munições de uso restrito, no dia 23 de setembro de 2006.

2. **Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes.

3. No caso, para exacerbação da pena acima do mínimo, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem consideraram como desfavoráveis as circunstâncias do crime, apontando elementos concretos para justificar a exasperação, quais sejam, a grande quantidade de acessórios e de munição de arma de fogo de uso restrito de diversos calibres e modelos, que formava um verdadeiro arsenal, utilizado para garantir a atividade de tráfico de drogas.

4. Ordem denegada." (HC 123.573/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Não se observa violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal quando há fundamentação em dados concretos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da existência de maus antecedentes.

3. A legislação penal brasileira não prevê critérios objetivos para a fixação da pena-base.

4. O simples fato de existir apenas uma circunstância judicial desfavorável não impõe, necessariamente, que a reprimenda básica seja fixada próxima ao mínimo legal. A contrario sensu, a existência de diversas circunstâncias contrárias ao réu não implica a obrigatoriedade de aplicar a pena-base próxima ao patamar máximo.

5. Mostra-se incabível rever a extensão do aumento da pena-base, quando devidamente fundamentada, pois tal proceder implicaria aprofundada valoração do conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível de ser realizada em sede de habeas corpus.

6. As circunstâncias avaliadas pelo juiz na fixação da sanção básica devem ser consideradas também na fixação do regime de cumprimento da reprimenda, razão por que inexistente constrangimento ilegal na aplicação de regime mais rigoroso, caso alguma das circunstâncias judiciais assim o recomende (art. 33, § 3º, do Código Penal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Não tendo a controvérsia relativa ao reconhecimento da confissão espontânea sido objeto de debate e julgamento por parte do Tribunal de origem, o exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, ocasionaria indevida supressão de instância.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 131.765/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 03/08/2009; sem grifo no original.)

No que diz respeito à atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, deduz-se da acurada leitura dos autos que as instâncias ordinárias entenderam que o réu confessou de forma parcial o crime, tendo utilizado isso como um dos fundamentos para a condenação (*"a confissão está em harmonia a toda prova direta e circunstancial"* – fl. 14 – sentença condenatória).

Logo, ao afastarem a incidência da atenuante da confissão espontânea, incidiram em constrangimento ilegal, pois o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que *"a atenuante do art. 65, inc. 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"* (REsp 711.026/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 09/08/2005).

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. *In casu*, o Paciente confessou a prática do roubo, logo, ainda que tenha negado ter praticado o crime em concurso de pessoas, impõe-se a aplicação da atenuante.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO. CONFISSÃO UTILIZADA NA SENTENÇA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1 - Utilizada pelo Magistrado na sentença condenatória a confissão realizada pela acusada como prova da ocorrência do delito e como elemento de formação da sua convicção, é de rigor, no cálculo da fixação da pena, o reconhecimento e a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, pouco importando se a confissão foi parcial ou integral, ou se houve a sua retratação em juízo. Precedentes.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 146.240/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Desembargador Convocado do TJ/CE, DJe de 01/02/2010.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, como se sabe, a Terceira Seção desta Corte Superior, 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.

Confira-se, por oportuno, o teor do Informativo n.º 498, *in verbis*:

"REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação. EREsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012."

Na mesma linha de orientação, acena a jurisprudência de Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do julgamento do HC n.º 101.909/MG, da relatoria do Exm.º Min. AYRES BRITTO, destacado no Informativo/STF n.º 656, *in verbis*:

"A 2ª Turma, ao reconhecer, na espécie, o caráter preponderante da confissão espontânea, concedeu habeas corpus para determinar ao juízo processante que redimensionasse a pena imposta ao paciente. No caso, discutia-se se esse ato caracterizaria circunstância atenuante relacionada à personalidade do agente e, portanto, preponderante nos termos do art. 67 do CP ("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"). Inicialmente, acentuou-se que a Constituição (art. 5º, LXIII) asseguraria aos presos o direito ao silêncio e que o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g) institucionalizaria o princípio da não autoincriminação — nemo tenetur se detegere. Nesse contexto, o chamado réu confesso assumiria postura incomum, ao afastar-se do instinto do autoacobertamento para colaborar com a elucidação dos fatos, do que resultaria a prevalência de sua confissão. Em seguida, enfatizou-se que, na concreta situação dos autos, a confissão do paciente contribuíra efetivamente para sua condenação e afastara as chances de reconhecimento da tese da defesa técnica no sentido da não consumação do crime. Asseverou-se que o instituto da confissão espontânea seria sanção do tipo premial e que se assumiria com o paciente postura de lealdade. Destacou-se o caráter individual, personalístico dos direitos subjetivos constitucionais em matéria criminal e, como o indivíduo seria uma realidade única, afirmou-se que todo o instituto de direito penal que se lhe aplicasse, deveria exibir o timbre da personalização, notadamente na dosimetria da pena."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suma, tem-se que a **pena-base** deve ser mantida acima do mínimo legal, em **06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa**. Com a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, e não sendo o caso de crime em sua forma tentada, inexistem alterações na reprimenda básica, razão pela qual a torno **definitiva**.

O regime inicial fechado justifica-se pela **reincidência** do réu (art. 33, §2.º, alínea "b", do Código Penal), tal como reconhecido na sentença condenatória, corroborada pelo Tribunal de origem.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM**, para o fim de reconhecer a atenuante de confissão espontânea e compensá-la com a agravante de reincidência, reduzindo a pena, por conseguinte, para 06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a serem cumpridas inicialmente no regime fechado, nos termos do voto condutor.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0021251-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 196.055 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11942008

50080622321

990090334703

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **MARCIO IANI RODRIGUES**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.