



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.126 - SP (2009/0007196-3)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDINEI DA SILVA LOPES
PACIENTE : ADEILSON JOSÉ DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Se a sentença e o acórdão utilizaram-se da confissão espontânea do acusado para corroborar o acervo provatório e concluir pela sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal).

3. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da fixação da reprimenda. Precedentes da Quinta Turma.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação idônea.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no que diz respeito à dosimetria da pena, nos termos explicitados.

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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.126 - SP (2009/0007196-3)

IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDINEI DA SILVA LOPES
PACIENTE : ADEILSON JOSÉ DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de VALDINEI DA SILVA LOPES e ADEILSON JOSÉ DA SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 04 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, e 11 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem houve por bem dar-lhe parcial provimento para "*consignar que a execução da taxa judiciária fica condicionada ao disposto no art. 12 da Lei n.º 1.060/50*" (fl. 25), mantendo, no mais, a condenação.

Sustenta o Impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista que a juíza sentenciante "*deixou de reconhecer a circunstância atenuante da confissão ao argumento de que a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal, não podendo ser reduzida aquém de tal patamar. Todavia, ainda na segunda etapa de fixação da pena, aumentou a reprimenda em um terço em função da reincidência*" (fl. 03).

Pugna, assim, em liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem para que seja reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a pena, nos termos do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

Por estarem os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 31/32, opinando pelo não-conhecimento do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.126 - SP (2009/0007196-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Se a sentença e o acórdão utilizaram-se da confissão espontânea do acusado para corroborar o acervo provatório e concluir pela sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal).

3. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da fixação da reprimenda. Precedentes da Quinta Turma.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação idônea.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no que diz respeito à dosimetria da pena, nos termos explicitados.

VOTO

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

Depreende-se, da acurada leitura dos autos, que a confissão do ora Paciente, embora tenha sido reconhecida pelo juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal de origem, não teve repercussão no cálculo da pena, em razão dos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...] Os réus Valdinei e Adeilson confessaram o crime procurando isentar a responsabilidade dos co-réus, os quais negaram os fatos [...]"

Analisando o mérito, fixo a pena base para todos os réus, no mínimo legal, nos termos do art. 59 do Código Penal, em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, como já fixadas no mínimo legal não há redução, mesmo diante da confissão de Valdinei e Adeilson, acrescida de 2/6, para os réus Igor, Valdinei e Adeilson, pela agravante art. 61, I, dadas as comprovadas reincidências (fls. 185, 188 e 189; 158 e 161 e 169), respectivamente, resultando em 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa. [...]" (fl. 16)

Consoante o entendimento firmado pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, é inviável a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, na medida em que, nos termos do art. 67, do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência é preponderante sobre a atenuante da confissão espontânea.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE.

I - A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal (Precedentes).

II - Uma vez atendidos atendidos os requisitos constantes do art.

33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 04 (quatro) e não excedente a 08 (oito) anos e a existência de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida." (HC 139.922/RJ, 5.ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 08/03/2010.)

Sobre o tema, mencionam-se, também, julgados do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. *Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.* 2. *A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea.* Precedentes. 3. *A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão-somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente.* 4. *Ordem denegada." (HC 102.486/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJ de 21/05/2010.)*

"HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada, e à preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uso por outro meio de prova. *Precedentes.*

4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o artigo 67 do Código Penal é claro 'ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadram-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa'.

5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, HC 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ 04.08.95.

6. Habeas corpus denegado." (HC 99446/MS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 11/09/2009.)

Contudo, a individualização da pena do Paciente comporta reparos.

A uma, tendo em conta a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência sem motivação idônea, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite, *ad litteram*:

"CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SAIA DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIMITES NÃO FIXADOS PELO CÓDIGO PENAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO ENTRE 1/6 E 2/3. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída clandestinamente, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. *Precedentes.*

II. Para que o agente adquira o caráter de posse ou detenção, basta a cessação da clandestinidade ou violência, mesmo que a vítima venha a retomar o bem, via perseguição própria ou de terceiro.

III. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

IV. Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos.

V. Embora o Código Penal não fixe limites mínimos e máximos para o aumento a ser efetivado em razão das agravantes genéricas, devem prevalecer os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se a aplicação em quantidades aleatórias.

VI. Para tanto, devem ser utilizados os percentuais de 1/6 a 2/3,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos na terceira fase da dosimetria, referentes às causas especiais de aumento e diminuição de pena, sendo que qualquer acréscimo além do mínimo, deve ser precedido de fundamentação idônea.

VII. Evidenciada a ausência de fundamentação hábil a majorar a pena em 1/3 pelo reconhecimento da reincidência, deve ser elaborada nova dosimetria, aplicando-se o percentual de 1/6 para a agravante genérica.

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 135.327/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010; grifos acrescidos.)

A duas, em se considerando que, se a sentença e o acórdão utilizaram-se da confissão espontânea para corroborar o acervo provatório e concluir pela condenação do réu, mostra-se obrigatória a atenuação da pena, a teor do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, o que não ocorreu não espécie, daí o constrangimento ilegal.

A respeito:

"HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA NO CÁLCULO DA PENA. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A interpretação dada pelo réu ao fato típico por ele confessado não afasta a incidência da correspondente atenuante (art. 65, I, d, do Código Penal).

2. Se o juiz sentenciante utilizou a confissão para condenar o réu pela prática de lesão corporal de natureza gravíssima, não poderia ter desconsiderado tal circunstância atenuante na fixação da pena.

3. Habeas corpus concedido para declarar a nulidade do acórdão recorrido, devendo o Tribunal de origem redimensionar a pena do paciente, levando-se em consideração a atenuante da confissão espontânea." (HC 37.150/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 26/05/2008.)

"HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DADO UTILIZADO PELO JUÍZO DE CONDENAÇÃO. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM O AUMENTO OPERADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA.

Uma vez constatada, no interrogatório do réu, a confissão e tendo o Juiz sentenciante se valido de tal dado para concluir pela condenação, a atenuante do art. 65, III, d, do CP se afigura obrigatória.

Na espécie, a diminuição se dá como forma de compensar o aumento da pena base pela circunstância do mau antecedente, o que remete à redução da pena definitiva ao mínimo legal.

Ordem concedida para reconhecer a confissão espontânea e, por conseguinte, reduzir a reprimenda ao mínimo de 1 ano de reclusão, o que deverá impor o redimensionamento da pena restritiva de direito pelo Juízo de Execuções, mantida a pena de multa." (HC 69.124/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 08/06/2009.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, portanto, ao redimensionamento das penas fixadas pela sentença condenatória, o que faço nos seguintes termos:

Considerando-se que a pena-base restou fixada no mínimo legal, levando-se em consideração a agravante da reincidência, bem assim a atenuante da confissão espontânea, acresço as penas, na segunda fase, em 04 meses de reclusão e em 05 dias-multa (metade de 1/6), tendo em vista a preponderância da agravante.

Presentes as causas de aumento relativas ao concurso de agentes e ao emprego de arma, levando-se em conta a fração estabelecida na condenação, equivalente a 3/8, já que fundamentada, bem como o fato de tratar-se de crime tentado, importando na redução de 1/3, ficam as penas definitivamente estabelecidas em 03 anos, 11 meses e 20 dias de reclusão, e 13 dias-multa.

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no que diz respeito à dosimetria da pena, nos termos explicitados.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0007196-3

HC 126.126 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 107999839 20002005 2240120051045252 993070750650

EM MESA

JULGADO: 24/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDINEI DA SILVA LOPES
PACIENTE : ADEILSON JOSÉ DA SILVA

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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.