



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.618 - SP (2013/0109134-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO MAGALHÃES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1) UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. 2) DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. 3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ERESP N. 1154752/RS. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a incidência da majorante pela utilização de arma prescinde da apreensão e perícia do objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho da vítima, como ocorreu no caso dos autos.

– Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, é de rigor a incidência da respectiva atenuante.

– Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de março de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.618 - SP (2013/0109134-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS ALBERTO MAGALHÃES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CARLOS ALBERTO MAGALHÃES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0047260-40.2011.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, c/c art. 71, ambos do Código Penal, às penas de 7 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão e 17 dias-multa (fl. 34). Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a reprimenda ao patamar de 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e 16 dias-multa. O acórdão ficou assim ementado:

Roubo majorado. Configuração. Prova. Confissão judicial parcial corroborada pela palavra das vítimas e testemunhas. Reconhecimento pessoal. Suficiência para a procedência da ação penal. Condenação mantida. Causa de aumento bem reconhecida pela prova oral produzida em juízo. Continuidade delitiva. Penas. Reconhecimento da confissão. Embora parcial, o douto Juízo a quo dela se socorreu para formar seu convencimento. Regime prisional fechado justificado pela reincidência e gravidade concreta do delito. Apelo parcialmente provido para fixar a reprimenda em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença (fl. 39).

Na presente impetração, a defesa argumenta, inicialmente, a ausência de prova do potencial lesivo do objeto utilizado de fato, tendo em vista que a suposta arma não foi apreendida e periciada. Alega, ainda, a existência de constrangimento ilegal consistente na dosimetria da pena, porquanto a confissão espontânea reconhecida não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi integralmente compensada com a reincidência.

Requer, assim, a concessão da ordem para excluir a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal - CP, bem como para compensar integralmente a confissão espontânea com a reincidência.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações das instâncias ordinárias (fls. 58), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento e, caso conhecido, pela concessão parcial da ordem (fls. 67/71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.618 - SP (2013/0109134-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Assim, passo a analisar as alegações trazidas pela impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício. Conforme consignado, busca-se na presente impetração afastar a majorante relativa ao emprego de arma de fogo, bem como o redimensionamento da pena imposta, ante a compensação integral da confissão espontânea com a reincidência.

Quanto ao pleito de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

Nesse contexto, segue trecho da sentença que evidencia o emprego de arma de fogo:

As vítimas não conheciam o réu é não teriam motivos para acusá-lo injustamente. A prova é suficiente para embasar uma condenação, pois houve confissão parcial e reconhecimento por parte de três vítimas diferentes. Os bens não foram recuperados e o crime foi consumado. O réu apenas negou que estivesse com arma de fogo verdadeira, disse que ela era de brinquedo. Entretanto, a causa de aumento deve ser reconhecida, pois foi citada por três vítimas e pela testemunha Eula, e foi levada por outras pessoas que foram até a boate (fl. 31/32).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, uma vez comprovada, como no caso dos autos, por meio do depoimento das vítimas, a utilização de arma de fogo, e identificado o paciente como um dos agentes, a ausência de apreensão e posterior perícia do objeto não é capaz de afastar a incidência da causa de aumento de pena, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. APREENSÃO DA ARMA E A REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL PARA QUE INCIDA O AUMENTO NA PENA POR USO DE ARMA EM ROUBO. DESNECESSIDADE. REGIME. GRAVIDADE CONCRETA. MODO INICIAL FECHADO QUE SE MOSTRA DEVIDO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

2. A Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." 3. Não obstante a pena-base haja sido estabelecida no mínimo legal e o quantum de pena tenha alcançado, ao final, 5 anos e 4 meses de reclusão, sendo primário o paciente, o regime inicial fixado foi o fechado.

4. Entenderam as instâncias ordinárias devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena não apenas com base na gravidade genérica do delito cometido ou dos malefícios gerados pelo crime de roubo à sociedade como um todo, como também porque o ora paciente voltou a delinquir enquanto cumpria pena por condenação anterior no regime mais brando, e, ainda, em razão do modus operandi com que foi perpetrado o delito - perseguição ao carro da vítima, que foi fechado, e a vítima cercada, com posterior anúncio do roubo.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 274.279/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (3) AFASTAMENTO DO AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO DE AGENTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (4) MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. (5) WRIT PREJUDICADO, EM PARTE, NO MAIS NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

3. O afastamento do aumento de pena pelo concurso de agentes demanda necessário revolvimento de provas, fato que não se coaduna com a via estreita do mandamus.

4. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço. Ademais, o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto.

5. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido (HC 272.145/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014).

Já em relação à compensação da confissão espontânea com a reincidência, a sentença nada trouxe na dosimetria sobre a confissão espontânea, apenas fez constar no trecho já citado da fundamentação que "houve confissão parcial" (fl. 31).

O Tribunal de origem, por sua vez, alterou a sentença de piso, nos termos da seguinte fundamentação:

3. As penas, no entanto, comportam um pequeno reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, e aumentada de 1/6 na segunda etapa, por conta de comprovada reincidência (fls. 140).

CARLOS, contudo, confessou a prática do delito patrimonial, negando apenas que tenha feito uso de arma de fogo verdadeira.

Diante disso, conforme entendimento encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do CP:

[...]

Deste modo, na segunda etapa da fixação das penas, aumento-as de 1/8 (pela reincidência, e porque apenas parcial a confissão), chegando-se, assim, ao montante parcial de 4 anos e 6 meses de reclusão, mais 11 dias-multa.

Na terceira etapa, mantenho o aumento de 1/3 pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorante do emprego de arma e, por fim, de 1/5 pela continuidade delitiva, resultando em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, no piso (fls. 49/50).

Verifico, então, que as instâncias ordinárias reconheceram a confissão parcial do paciente, utilizando-a como fundamento da condenação, conforme trecho da sentença condenatória já transcrito. Todavia, a dosimetria da pena na sentença desconsiderou a atenuante. Em seguida, o Tribunal *a quo*, conquanto tenha aplicado a atenuante na dosimetria, atribui-lhe valor inferior ao da reincidência, uma vez que se tratou de confissão apenas parcial, porque não refletiu a realidade integral dos autos.

Cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, é incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Por sua vez, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, em 23 de maio de 2012, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes. O julgado ficou assim ementado:

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. (REsp 1154752/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 4.9.2012).

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELITIVA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

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. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS (DJe 04/09/12), pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para efetuar a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente no quantum da pena-base fixada (dois anos e oito meses de reclusão e vinte dias-multa) (HC 210.109/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 289.934/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014).

Dessa forma, tem-se por imperioso o redimensionamento da reprimenda no ponto, para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Assim, passo a refazer a dosimetria das penas.

Na primeira fase, fica mantida a pena estabelecida pela instância ordinária, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase, ante a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, mantenho a pena estipulada na primeira etapa. Na terceira fase, mantenho o aumento de 1/3 em razão da majorante do emprego de arma, perfazendo 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Por último, em razão da continuidade delitiva já reconhecida nas instâncias ordinárias, aplico o aumento de 1/5, perfazendo a pena definitiva em 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 15 dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, redimensionando a pena imposta ao paciente para 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0109134-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 268.618 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0047604020118260050 4462011 4760402011260050 47604020118260050

EM MESA

JULGADO: 19/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CARLOS ALBERTO MAGALHÃES

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.