



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.071 - SP (2013/0363427-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
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 : LUDGERIO DE AMARANTE ALVES (PRESO)
PACIENTE : ANDRÉ DE OLIVEIRA FRANCA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL E EXATA. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DE UM DOS RÉUS. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. AUMENTO DA PENA, NA TERCEIRA FASE, ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). QUANTIDADE DE CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INVIABILIDADE. SÚMULA 443/STJ. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS, assentou a orientação no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência. A compensação da confissão espontânea e da reincidência, contudo, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

3. No caso, é impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, pois, apesar da valoração da confissão dos réus, a dupla reincidência específica do segundo paciente exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada pelo primeiro, considerado primário, ou por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um único e isolado evento em sua vida, caso contrário, mesmo diante da comprovação de condições subjetivas distintas, ambos receberiam igual sanção penal.

4. A majoração na terceira fase da dosimetria da pena, nos crimes de roubo com causa de aumento, exige motivação concreta, não sendo suficiente a mera indicação do número de circunstâncias. Inteligência do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de readequar as penas dos pacientes – Ludgerio de Amarante Alves para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa e André de Oliveira Franca para 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa –,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativas à condenação na ação penal originária n. 050.11.023089-2 da 4ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

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, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 27 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.071 - SP (2013/0363427-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Ludgerio de Amarante Alves e André de Oliveira Franca, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas 5 (cinco) anos e 6 (meses) de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, tendo sido um terceiro denunciado absolvido da acusação.

Irresignadas, as partes recorreram da sentença. O Ministério Público postulou a condenação do acusado absolvido e a dos outros dois como incursos no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/2003, bem como a preponderância da agravante da reincidência de André sobre a atenuante da confissão. A defesa dos réus, ora pacientes, arguiu a nulidade da sentença pela falta de apreciação das teses defensivas e alegou insuficiência probatória para a condenação; subsidiariamente, pediu o reconhecimento da tentativa, a redução do percentual utilizado em razão de duas causas de aumento e a aplicação do regime inicial semiaberto para Ludgerio, o primeiro paciente.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso dos réus e deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público "para fixar ao réu André de Oliveira Franca as penas de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 15 dias-multa, no mínimo legal" (fl. 37).

A Defensoria Pública alega, no presente *habeas corpus*, que o paciente André de Oliveira Franca faz jus à compensação integral entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão, nos termos do art. 67 do Código Penal. Afirma que as instâncias ordinárias reconheceram a referida atenuante que, em segundo grau, deu-se apenas de forma parcial (fls. 2/3).

Sustenta, ainda, que o aumento aplicado na terceira fase de fixação da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na razão de 3/8 (três oitavos), ocorreu com base somente no número de majorantes, o que se contrapõe ao disposto no enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão para o paciente André e a readequação da terceira fase de fixação da pena para os dois pacientes.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 43/44.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício (fls. 52/59).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.071 - SP (2013/0363427-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

A presente impetração visa, inicialmente, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e o consequente redimensionamento da pena de André, o segundo paciente.

Sobre o tema, cumpre ressaltar que a partir do julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 23 de maio de 2012, a Terceira Seção assentou a compreensão de que é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, conforme notícia veiculada no informativo n. 498 do Superior Tribunal de Justiça:

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.

Vale destacar, ainda, que, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja no sentido da prevalência da agravante da reincidência em relação à atenuante da confissão espontânea, por ocasião do julgamento do HC n. 101.909/MG, em 28 de fevereiro de 2012, da Relatoria do Ministro Ayres Britto, a Segunda Turma do Pretório Excelso, por unanimidade de votos, concedeu a ordem para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea, evidenciando-se uma mudança no entendimento até então consolidado.

A ementa ficou assim redigida:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.

2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização.

4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade.

5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade).

6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente. (HC nº 101.909/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe 19/6/2012)

Contudo, ainda que possível a compensação, é preciso atender certos parâmetros para a sua aplicação – como a espécie, a natureza e os graus de reincidência –, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA. PARTICULARIDADES DO CASO OBSERVADAS. PROPORCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA RESPEITADOS. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O novo entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior é de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto (EResp nº 1.154.752/RS).

2. A compensação entre circunstâncias agravantes e atenuantes deve observar o princípio da proporcionalidade, para que não se faça letra morta do art. 67 do CP, tampouco se viole o princípio da individualização da reprimenda.

3. Deve-se atentar, sempre que possível a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, à quantidade de condenações anteriores geradoras de reincidência, ao tipo de delitos em que condenado definitivamente o agente, observando-se ainda, em relação à confissão, se esta foi total ou parcial, e outras particularidades específicas do caso concreto.

4. Ostentando a paciente uma única condenação anterior transitada em julgado definitivamente, devida a compensação da agravante do art.

61, I, do CP, com a atenuante do art. 65, III, d, do CP, devendo ser confirmada a decisão monocrática proferida, por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 197302/DF, Rel. o Ministro **Jorge Mussi**, DJe 10/10/2012)

No presente caso, segundo consta da sentença, "LUDGERIO e ANDRÉ confessaram a prática do crime e o emprego de arma, mas isentaram FELIPE de qualquer participação. Foram enfáticos ao afirmar terem usado FELIPE para uma carona até o local, aproveitando-se do fato de que iria até a casa da namorada dele naquela mesma manhã". Mais adiante consta que "os dois corréus assumiram a autoria do crime e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isentaram FELIPE de maneira enfática" (fls. 28/29).

Ao individualizar as penas, o Magistrado sentenciante estabeleceu a pena-base no piso legal e, na segunda fase, reconheceu a atenuante da confissão espontânea em favor dos dois réus. Todavia, deixou de reduzir a pena de Ludgerio em razão da vedação prevista no enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e, em relação a André, reconheceu a agravante da reincidência (duas condenações com trânsito em julgado). Na sequência, realizou a compensação integral com a atenuante da confissão espontânea, retornando a pena para o mínimo legal, que foi posteriormente majorada, na terceira etapa, na razão de 3/8 (três oitavos), ficando estabelecida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O Tribunal revisor fez a seguinte modificação (fl. 37):

A r. decisão, no entanto, merece reparo, prosperando, nesse ponto, o reclamo do Ministério Público. Ocorre que, a confissão de André deve ser sopesada, prevalecendo, contudo, a agravante genérica, mesmo porque dupla e específica (fls. 13 do apenso), revelando, no caso dos autos, afinidade com a vida irregular, ilícita. Assim, acresce-se à pena-base de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, 1/6 pela reincidência, mais 3/8 pelo concurso de agentes e emprego de arma, chegando-se a 6 anos e 5 meses de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa.

Como se vê das transcrições, as instâncias ordinárias reconheceram que o réu André confessou o crime. No entanto, o Tribunal revisor entendeu que a compensação com a agravante da reincidência não deveria se operar integralmente, em razão dele ostentar duas condenações anteriores pela prática do mesmo crime, motivo pelo qual manteve o aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base.

Destarte, considerando que a concorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas deve ser analisada mediante cuidadoso juízo de ponderação, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, bem como ao art. 67 do Código Penal, impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, no caso concreto.

Isso porque, apesar da valoração da confissão do paciente na sentença, a sua dupla reincidência específica exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

único evento isolado em sua vida.

Essa solução em nada afeta a razoabilidade, na medida em que as condenações que geraram distintas reincidências poderiam ser utilizadas como circunstâncias judiciais para aumentar a pena-base, e apenas uma utilizada como reincidência, na segunda fase, ensejando a exasperação da pena para compensação integral com a atenuante da confissão espontânea, tal como pretende o impetrante.

Ressalte-se, ainda, que, consoante entendimento desta Corte, não configura dupla valoração pelo mesmo fato a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado, para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do paciente, desde que uma ou algumas delas seja utilizada para exasperar a pena-base e outra na segunda fase da dosimetria.

A título de exemplo:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE.

[...]

3. As condenações anteriores do agente com trânsito em julgado, que não serviram à configuração da reincidência, prestam-se a fundamentar validamente o aumento da pena-base, como maus antecedentes, ensejando, do mesmo modo, a exasperação da pena, sem que se vislumbre *bis in idem*. Precedentes.

[...]

(HC n. 155.053/RJ, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/2/2012)

Assim, quando não houver qualquer reprovação maior na fixação da pena-base do acusado, em razão da existência de condenações diversas com trânsito em julgado, não se mostra justa e proporcional a compensação equivalente entre o aumento decorrente da multirreincidência com diminuição assegurada pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria.

Noutras palavras, equiparar o acusado reincidente ao multirreincidente, de forma simplista, seria violar o princípio constitucional da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, bem como o princípio da proporcionalidade que elege, dentre os seus muitos parâmetros, a necessidade de observância das particularidades pessoais do acusado, na busca da almejada pena justa.

Em conclusão: é impossível promover a compensação integral e exata entre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a confissão e a reincidência, pois, apesar da valoração da confissão dos réus, a dupla reincidência específica de André exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por Ludgero, considerado primário, ou por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um único e isolado evento em sua vida, pois, se assim não fosse, mesmo diante da comprovação de condições subjetivas distintas, ambos receberiam igual sanção penal.

Quanto ao pleito de revisão da terceira fase da dosimetria da pena, exasperada na razão de 3/8 (três oitavos) decorrente da presença de duas majorantes do crime de roubo, entendo que merece ser revisto.

Disciplina o enunciado de Súmula n. 443 desta Corte: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

O Juiz sentenciante aumentou a pena na razão de 3/8 (três oitavos) fazendo menção somente às duas causas de aumento de pena (fl. 30), O Tribunal impetrado, por sua vez, consignou ter sido "bem dosada a fração correspondente a duas causas de aumento, não merecendo qualquer reparo" (fl. 37).

De fato, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que a exasperação, acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em fatos concretos, não servindo de justificativa tão só a quantidade de majorantes.

Trata-se, inclusive, de tema objeto de Súmula desta Corte:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. (Súmula 443/STJ)

Dito isso, à míngua de fundamentação concreta que justifique o acréscimo, a sanção deve ser redimensionada, reduzindo-se ao mínimo legal – 1/3 (um terço) – a majoração decorrente das duas causas de aumento do crime de roubo.

No entanto, por imperativo de consciência, devo registrar minha contrariedade com o disposto no aludido enunciado sumular, o qual, a meu ver, colide com o princípio da individualização da pena, pois me parece evidente que o cometimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de roubo mediante, por exemplo, o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo afigura-se mais reprovável do que a prática do mesmo delito apenas por meio do concurso de agentes, conclusão essa que o simples critério numérico já me permite alcançar. Dessa forma, aplicar para ambos os casos pena idêntica nada mais é do que ignorar a exigência de individualização da sanção, ferindo, inclusive, o princípio da isonomia, por igualar réus com situações desiguais.

Todavia, devido ao fato da orientação desta Corte ser mais benéfica ao réu, acolho a observação do Ministro Gomes de Barros (REsp n. 652.449, Terceira Turma, DJ de 17/12/2004):

Embora não estejam presos à jurisprudência do tribunal, os órgãos fracionários que o compõem devem observá-la, valendo-se, quando necessário, do incidente de unificação de jurisprudência. Dizer que o julgador não está preso à orientação de seu tribunal é assertiva correta no plano da lógica abstrata. Em termos de política-judiciária, semelhante orientação transforma a distribuição de justiça em odioso jogo de azar, fazendo com que determinada tese receba tratamentos assimétricos, ao sabor da composição de cada turma e ao talante dos números sorteados.

Passo à revisão das penas.

i) Paciente Ludgerio de Amarante Alves: mantenho a pena-base no piso legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa. Na segunda fase, igualmente deixo de reduzir a pena, pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, em razão da vedação prevista no enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Pela incidência do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, aumento a pena em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

ii) Paciente André de Oliveira Franca: mantenho a pena-base no piso legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa. Na segunda fase, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, o paciente ostenta dupla reincidência específica, razão pela qual mantenho o aumento de 1/6 (um sexto) definido pelo Tribunal revisor. Pela incidência do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, aumento a pena em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a ordem, de ofício, a fim de readequar as penas dos pacientes – Ludgerio de Amarante Alves para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa e André de Oliveira Franca para 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa –, relativas à condenação na ação penal originária n. 050.11.023089-2 da 4ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0363427-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.071 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00230891920118260050 050110230892 20130000284244 230891920118260050
50110230892

EM MESA

JULGADO: 27/05/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

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	: LUDGERIO DE AMARANTE ALVES (PRESO)
PACIENTE	: ANDRÉ DE OLIVEIRA FRANCA (PRESO)
CORRÉU	: FELIPE DE PAULA 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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.