



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.233 - SP (2014/0246509-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS VINÍCIUS DE SOUZA LACERDA (PRESO)
PACIENTE : RODINEI PEDRO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. CONFISSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DESSA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. (**Precedentes STF e STJ**).

IV - A col. **Terceira Seção** deste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "*é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.*"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - **In casu**, a decisão reprochada não ofende o disposto na Súmula n. 443/STJ, na medida em que está devidamente fundamentada para justificar a exasperação da pena na terceira fase da dosimetria.

VI - Reconhecida a continuidade delitiva prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime. (**Precedentes**). Desta forma, não há flagrante ilegalidade na exasperação de 1/2 da pena, no caso de roubos cometidos com arma de fogo contra várias vítimas.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem, parcialmente, concedida de ofício para compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente Rodinei para **9 (nove) anos e 5 (cinco) meses** de reclusão, e 25 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.233 - SP (2014/0246509-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de MARCOS VINÍCIUS DE SOUZA LACERDA e RODINEI PEDRO DA SILVA, em face de v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, na forma do art. 71 ambos do Código Penal, às penas 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, e 19 dias-multa, em relação a Marcos Vinícius, e 12 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 28 dias-multa, quanto ao paciente Rodinei.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal **a quo**, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

"ROUBOS - Quadro probatório que se mostra coeso e seguro a comprovar a materialidade e a autoria do delito - Prisão em flagrante - Admissão parcial dos fatos por Rodinei - Firme e coeso relato das vítimas, com apoio no testemunho policial - Reconhecimento pessoal em Juízo - Solução condenatória mantida - Pena e regime inicial fechado adequados, reconhecida a continuidade delitiva - Recurso improvido - (voto n. 21584)" (fl. 46).

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante sustenta que o paciente Rodinei está sofrendo constrangimento ilegal em razão da ausência de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Subsidiariamente, pleiteia a redução do aumento em relação à reincidência específica.

Assevera a inidoneidade da fundamentação no que tange ao aumento em 3/8 na segunda fase da dosimetria da pena, uma vez que a arma de fogo estava desmuniada, portanto, não deve embasar o aumento da reprimenda.

Aduz que houve um aumento exacerbado no tocante à continuidade delitiva,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haja vista que apenas foram perpetrados três roubos.

Requer, ao final, a compensação da confissão espontânea parcial com a reincidência, ou a redução do **quantum** em relação à agravante, bem como a redução da pena em razão das causas de aumento e da continuidade delitiva.

Não houve pedido liminar.

As informações foram prestadas às fls. 72-101.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 105-107, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, se conhecido, pela sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.233 - SP (2014/0246509-7)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. ROUBO MAJORADO.
DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA
CONFISSÃO. CONFISSÃO PARCIAL.
APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE DE
COMPENSAÇÃO DESSA ATENUANTE COM A
AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.
MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO
CONCRETA. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DA
CONTINUIDADE DELITIVA.
FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS
CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM
PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício.

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. **(Precedentes STF e STJ)**.

IV - A col. **Terceira Seção** deste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."*

V - **In casu**, a decisão reprochada não ofende o disposto na Súmula n. **443/STJ**, na medida em que está devidamente fundamentada para justificar a exasperação da pena na terceira fase da dosimetria.

VI - Reconhecida a continuidade delitiva prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime. **(Precedentes)**. Desta forma, não há flagrante ilegalidade na exasperação de 1/2 da pena, no caso de roubos cometidos com arma de fogo contra várias vítimas.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem, parcialmente, concedida de ofício para compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente Rodinei para **9 (nove) anos e 5 (cinco) meses** de reclusão, e 25 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Busca, na presente impetração, em síntese, a compensação da confissão espontânea parcial com a reincidência, ou a redução do **quantum** em relação à agravante, bem como a redução da pena em razão das causas de aumento e da continuidade delitiva.

No tocante à compensação entre a confissão espontânea do paciente Rodinei e a reincidência, transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"Para o corréu RODINEI fixo a pena inicial em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, com pagamento de 11 dias-multa, em decorrência dos maus antecedentes de fl. 20. Em seguida elevo-as em mais 1/3 em mais 1/3, posto que ele é reincidente específico (fl. 20/21 do apenso), redundando em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, com pagamento de 14 dias-multa. Deixo de reconhecer a atenuante da confissão, posto que o acusado nega a maior parte da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imputação criminosa, donde evidencia-se a ausência de elemento volitivo, no sentido de reconhecimento de culpa, objetivo da norma penal benéfica. Ainda que assim não fosse: O réu seria, concomitantemente, reincidente e confesso, operando agravante e atenuante. Portanto, e a rigor do artigo 67 do Código Penal, prepondera a reincidência para cálculo da pena, conforme entendimento dos CC. STF e STJ. Frisa-se, ademais, a circunstância da diversidade das causas de exasperação para que não se levante o duplo agravamento por mesmo fato (reincidência e maus antecedentes como mesmo suporte). A situação aqui é diversa, contribuindo autonomamente maus antecedentes e reincidência" (fls. 21-22).

Quanto ao tema, o v. acórdão reprochado assim consignou, **verbis**:

"Embora admitido por Rodinei ter perpetrado o crime de roubo contra o posto de gasolina, ele negou a prática do crime de roubo do carro GM Corsa de Antonio, razão pela qual não caracterizada a atenuante da confissão.

E a fração de aumento empregada pelo Juízo revela-se proporcional ao relevo da agravante, sobretudo porque Rodinei cumpria pena pela condenação pela prática de crime de roubo circunstanciado quando, ainda possuindo reprimenda a resgatar, em atitude que revela ser refratário à terapêutica penal a ele imposta, em conluio com outros indivíduos delibera municiar-se de uma espingarda e, com outro roubador, novamente assaltar patrimônio alheio, revelando-se, pela especificidade do caso dos autos, a presença latente da reincidência pela prática do mesmo crime, desferido em meio à ação criminosa, tapa no rosto da vítima Antonio Gracino que, de modo digno e honesto - através do trabalho - auferia seu sustento, chamado de 'vagabundo' por sujeito que tornava a imiscuir-se na prática criminosa.

Proporcional à relevância da agravante às características do réu que é reincidente específico na prática do crime de roubo circunstanciado, adequada a majoração como efetuada pelo magistrado sentenciante" (fls. 57-58).

Sobre o tema, cumpre registrar que a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento no sentido de ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Nesse sentido é o acórdão oriundo da 3ª Seção que, em sede de recurso especial repetitivo, consignou :

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. *Recurso especial provido*" (REsp n. 1.341.370/MT, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013).

In casu, observa-se que o eg. Tribunal de origem reconheceu que a confissão do paciente foi apenas parcial.

Acerca desse tema, esta Corte firmou orientação no sentido de que, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para embasar a sua condenação, mister o reconhecimento da atenuante.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta eg. Corte:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 269 DO STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. *Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.*

2. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, 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 art. 67 do Código Penal.

[...]

4. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a confissão espontânea e proceder à compensação entre essa atenuante e a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 4 anos de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 10 dias-multa*" (HC n. 310.019/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2015).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS DO CONCURSO DE AGENTES E DE USO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO DA PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONCURSO FORMAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO - QUANTIDADE DE INFRAÇÕES.

[...]

2. *Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação, como no caso.*

3. No julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a Terceira Seção deste Tribunal firmou orientação de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência" (REsp n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantidos os demais termos da condenação, reduzir a pena imposta ao paciente" (HC n. 291.237/SP, **Quinta turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 2/2/2015).

E do c. **Pretório Excelso**:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A circunstância atenuante pertinente à **confissão espontânea**, ainda que **parcial**, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido" (HC n. 99.436/RS, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJe de 3/12/10).

"HABEAS CORPUS. SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM IMPROCEDENTE. **CONFISSÃO PARCIAL** E PRIMARIEDADE DO PACIENTE. LEI Nº 9.455/97. CRIME HEDIONDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE FECHADO. A sentença condenatória atendeu plenamente ao denominado sistema trifásico de aplicação da pena. A qualificação do paciente como mentor intelectual da ação criminosa não caracteriza bis in idem, eis que admitida como circunstância agravante. Para a exacerbação da pena-base, levou-se em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*conta a personalidade e a conduta social desabonadoras do agente. A **confissão espontânea**, ainda que **parcial**, é circunstância que sempre atenua a pena, ex vi do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória. Precedentes. A primariedade, sendo atenuante facultativa-inominada, permite ao juiz considerar aspectos outros que imputem maior culpabilidade ao réu, tornando incompatível a incidência dessa atenuante. O tratamento dado ao crime de tortura pela Lei nº 9.455/97, que prevê o regime inicialmente fechado de cumprimento de pena, não se aplica aos demais crimes hediondos, permanecendo inalterado o tratamento dispensado pela Lei nº 8.072/90. Precedente. Pedido parcialmente deferido, a fim de que seja reconhecida, pelo juízo condenatório, a atenuante referente à **confissão espontânea**" (HC n. 82.337/RJ, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, DJe de 4/4/2003).*

Ressalte-se que, recentemente, foi editado o enunciado de Súmula n.º 545 desta Corte, o qual dispõe que: "*Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal*".

Portanto, verifica-se que o v. acórdão recorrido **está em confronto** com o entendimento firmado por este eg. Tribunal Superior, razão pela qual deve ser realizada a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.

Desse modo, fixada a pena-base do paciente RODINEI em **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão** e 11 dias-multa, na segunda fase, não há alteração na pena, porquanto compensadas a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Quanto à terceira fase da dosimetria da pena em relação aos pacientes, a r. decisão assim fundamentou, **verbis**:

"Procedente a denúncia, portanto, passo à fixação das penas. Com relação ao corréu MARCOS VINICIUS DE SOUZA LACERDA. Praticou o acusado dois roubos, em continuação, sendo o segundo deles, ainda, em concurso formal, dada a pluralidade de vítimas. Contudo, é do entendimento da melhor doutrina que, na hipótese, não cabe a aplicação de ambas as exasperações, prevalecendo, somente, aquela do artigo 71 (crime continuado), do Código Penal. Assim, fixo a pena inicial em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

04 (quatro) anos de reclusão, com pagamento de 10 (dez) dias-multa. No tocante ao uso de arma de fogo, para tipificar-se a causa de aumento basta o emprego de arma, servindo para tanto arma imprópria. **O fato de o réu utilizar-se de arma própria indica maior reprovabilidade, visto a patente intenção de ofender o bem jurídico integridade física.** A circunstância de, entre as armas próprias, utilizar-se de arma de fogo, de maior poder vulnerante, também indica maior reprovabilidade, indicando a necessidade de um aumento acima do mínimo e, principalmente, quando a arma empregada é das chamadas 'armas longas', como no caso a espingarda que, por cediço, possui maior poder vulnerante. Desta forma aplico aumento a reprimenda para **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, com pagamento de 13 (treze) dias-multa, mínimos.** Pela continuação, na forma do artigo 71, parágrafo único, considerando três roubos, com grande número de vítimas, aumento as penas de 1/2, alcançando **08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, com pagamento de 19 (dezenove) dias-multa.** Ausentes outras condições modificadoras torno-as definitivas em tais termos. O regime inicial será aquele fechado, nos termos do artigo 33, parágrafo segundo, alínea 'a', do Código Penal.

Para o corréu RODINEI fixo a pena inicial em **04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, com pagamento de 11 dias-multa, em decorrência dos maus antecedentes de fl. 20. Em seguida elevo-as em mais 1/3, posto que ele é reincidente específico (fl. 20/21 do apenso), redundando em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, com pagamento de 14 dias-multa (...). Pelas qualificadoras, usando o mesmo critério alhures, elevo a reprimenda para 08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, com pagamento de 19 dias-multa. Por fim, pela continuidade delitiva elevo em 1/2, finalizando em **12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com pagamento de 28 dias-multa, unidade mínima.** O regime inicial da pena corporal será aquele fechado, dada as condições subjetivas e o dispositivo legal" (fls. 20-23).

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena **caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.** Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Insta consignar, ainda, que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que na terceira fase da dosimetria da pena, admite-se a exasperação da reprimenda acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar mínimo desde que apresentada fundamentação concreta, baseada em dados extraídos dos autos, não se revelando legítimo invocar-se para tanto, tão somente, a quantidade de majorantes.

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado no âmbito desta Corte, nos termos do enunciado n. **443** da Súmula/STJ: *"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."*

Verifica-se, portanto, que a r. decisão reprochada, a meu ver, não ofende o disposto na Súmula n. **443/STJ**, na medida em que está devidamente fundamentada para justificar a exasperação da pena na terceira fase da dosimetria. decisão reprochada,

De igual forma, no que concerne ao pedido de redução da fração de exasperação das penas, em razão da continuidade delitiva, tenho que a ordem **não merece ser conhecida**.

Insta consignar, oportunamente, que nas hipóteses de condenação pela prática de crimes dolosos, praticados contra vítimas diversas, valendo-se de grave ameaça contra a pessoa, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, razão pela qual, nestes casos, autoriza-se ao juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, ao passo que o acréscimo máximo previsto no **caput**, do mesmo artigo, é de apenas 2/3 (dois terços).

Logo, reconhecida a modalidade de crime continuado prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, a **exacerbação da pena** deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime.

Denota-se que a r. decisão está suficientemente fundamentada e **dentro do critério da discricionariedade** juridicamente vinculada, não havendo qualquer ilegalidade a ser reparada, na via estreita do **writ**, em relação à fixação do patamar de exasperação de pena, em virtude da continuidade delitiva específica, previsto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acerca do tema, colaciono o seguinte julgado do col. **Pretório Excelso**:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 157, § 2º, I E II C/C ART. 71 AMBOS DO CÓDIGO PENAL). REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REPRIMENDA MAJORADA EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 29.03.11; HC 94073, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 24.11.10.

2. [...]

3. **Conforme destacou a Procuradoria Geral da República, “o percentual de exasperação decorrente da aplicação do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, foi devidamente fundamentado nas circunstâncias do caso do concreto, que disciplina o chamado crime continuado específico. Pois, na continuidade delitiva específica, a fixação da fração de aumento de pena não se rege tão somente pelo número de infrações que foram três, mas também, e principalmente, pela culpabilidade, pelos antecedentes, pela conduta social e pela personalidade do agente, bem como pelos motivos e circunstâncias do crime”.**

4. *Recurso ordinário em habeas corpus desprovido*" (RHC n. 118.991, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 19/12/2013, grifei).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS E ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS DE FORMA ILEGAL. AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 61, II, "C", DO CP. CARACTERIZAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. ARTIGO 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. PENA DOBRADA. POSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. 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 n. 443 do STJ.

5. **Por expressa previsão legal, nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz considerar, além do número de infrações praticadas, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, para aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, desde que a pena não exceda a que seria cabível pela regra do concurso material e que respeitada a regra do artigo 75 do CP.**

6. **Mostra-se adequada a aplicação dobrada da pena, em razão do número de roubos circunstanciados (oito consumados e um tentado), bem como pelo desfavorecimento da culpabilidade e das circunstâncias que permearam as condutas, cometidas com "graves ameaças às pessoas".**

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base e o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, em razão das majorantes, resultando a pena definitiva do paciente em 12 anos e 8 meses de reclusão" (HC n. 286.286/MA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 23/10/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, II E V, POR SEIS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de 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 para o aumento da fração. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. **Hipótese em que as instâncias de origem fundamentaram adequadamente a incidência da continuidade delitiva**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal. Levou em conta, para o aumento consignado, além do número de delitos, também as circunstâncias judiciais.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 050.10.083655-0 da 7.ª Vara Criminal Central/SP, a fim de reduzir a pena do paciente para 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 63 (sessenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão" (HC n. 277.283/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 24/6/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS (TRÊS). CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DE 1/2 (METADE). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A majoração da pena decorrente do reconhecimento de crime continuado específico (art. 71, parágrafo único do CP) difere da forma de cálculo aplicada à continuidade delitiva simples (caput do mesmo dispositivo legal) - que decorre diretamente do número de infrações praticadas -, devendo o Magistrado considerar na fixação do acréscimo as circunstâncias judiciais para aumentar a pena do crime mais grave até o triplo, respeitados os limites do art. 70, parágrafo único e do art. 75, ambos do Código Penal.

- No caso, a Corte de origem, ao afastar o concurso material de crimes, aplicou o aumento relativo a continuidade específica em 1/2 (metade), o que não se mostra desproporcional diante do número de infrações (três homicídios qualificados consumados) e das circunstâncias judiciais desfavoráveis apontadas na fixação da pena-base.

- Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 127.463/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Marilza Maynard** - Desembargadora convocada do TJ/SE, DJe de 16/12/2013, grifei).

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

Entretanto, **concedo a ordem de ofício**, tão somente para compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência nos termos acima em relação ao paciente RODINEI, redimensionando a pena do referido paciente para **9 (nove) anos e 5 (cinco) meses** de reclusão, e 25 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0246509-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 305.233 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0049100172013 00491001720138260050 199 20140000210536 49100172013
491001720138260050 8612013

EM MESA

JULGADO: 27/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCOS VINÍCIUS DE SOUZA LACERDA (PRESO)
PACIENTE	: RODINEI PEDRO DA SILVA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.