



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.543 - RJ (2009/0109754-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO ROSA DE OLIVEIRA
PACIENTE : VALDINEI DE JESUS PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE REDUÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. O *quantum* de redução pela circunstância atenuante deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

2. Além de a matéria não ter sido analisada pela Corte de origem, não se pode acoimar de ilegal a decisão que reduziu em 2 (dois) meses a pena-base em razão do reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, quando se verifica que o aumento da pena-base foi de apenas 1 (um) ano.

CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. PREPONDERÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo gerar a compensação pretendida, especialmente quando a condenação anterior é por delito equiparado a hediondo. Exegese do art. 67 do Código Penal. Precedentes da Quinta Turma.

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. MODO INTERMEDIÁRIO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. SÚMULA 269 DESTA STJ. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. REPRIMENDA SUPERIOR A QUATRO ANOS. COAÇÃO ILEGAL AFASTADA.

1. Inviável a fixação do modo semiaberto ao paciente reincidente quando, não obstante a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, a pena foi definitivamente fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o condenado ostenta condenação anterior pela prática do crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, circunstâncias que indicam que o modo fechado para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado. Inteligência do art. 33, § 2º, alínea a, e § 3º, do CP.

EXECUÇÃO. SEMIABERTO. PACIENTE PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO MODO MAIS BRANDO. PERMISSIBILIDADE. PENA EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALÍNEA C E § 3º, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MODO ABERTO ESTABELECIDO.

1. O *quantum* de pena definitivamente irrogado ao paciente primário - inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais e as circunstâncias do caso concreto indicam que o modo aberto para a execução mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, tão somente para fixar ao paciente Valdinei de Jesus Pereira o regime inicial aberto de cumprimento de pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.543 - RJ (2009/0109754-5)

IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO ROSA DE OLIVEIRA
PACIENTE : VALDINEI DE JESUS PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEONARDO ROSA DE OLIVEIRA e VALDINEI DE JESUS PEREIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 2009.050.02071, lá interposta em favor dos pacientes, deu parcial provimento ao recurso do primeiro paciente a fim de, alterando para 1/6 (um sexto) o aumento procedido em razão da agravante genérica da reincidência, reduzir a sua reprimenda para 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, negando-se provimento ao apelo defensivo do segundo acusado, condenado ao cumprimento de 3 (três) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, mantida, no mais, a sentença que os condenou pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a redução em 2 (dois) meses na reprimenda do paciente LEONARDO, procedida pela aplicação da atenuante genérica da confissão espontânea, teria sido demasiadamente pequena, o que violaria o princípio da proporcionalidade.

Sustenta, ainda, que, na segunda etapa de aplicação da reprimenda, deveria haver a compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Argumenta que, com a redução da reprimenda irrogada ao paciente LEONARDO, deveria ser-lhe fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do enunciado na Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça.

Relativamente ao paciente VALDINEI, defende que seria possível a fixação do modo mais brando para o resgate da sanção reclusiva imposta, nos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 2º, alínea c, do CP.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja redimensionada a reprimenda irrogada ao paciente LEONARDO, bem como seja alterado o modo de cumprimento de pena de ambos os acusados, fixando-se ao primeiro o regime inicial semiaberto e, ao segundo, o aberto.

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 95-104, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, tão somente para fixar ao paciente LEONARDO o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena e, para o segundo paciente, o modo inicial mais brando.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.543 - RJ (2009/0109754-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente LEONARDO foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP; e o paciente VALDINEI, à reprimenda de 3 (três) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, pelo cometimento do mesmo delito, porque, em 7-7-2008, em concurso com mais dois adolescentes e mediante o emprego de arma de brinquedo, tentaram subtrair a féria, bens e objetos de valor de propriedade de José Carlos Louzada Conceição, motorista de táxi, somente não consumando seus intentos por circunstâncias alheias às suas vontades, já que o ofendido *"jogou o seu veículo em frente ao posto situado em frente ao Batalhão de Choque, gritando estar sendo assaltado"*, sendo que *"um guarda do Batalhão que estava de sentinela abordou os denunciados e os adolescentes, arrecadando os objetos subtraídos e prendendo o grupo em flagrante"* (Sentença - fls. 48).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça Estadual, tendo sido dado parcial provimento apenas ao recurso do paciente LEONARDO a fim de, alterando para 1/6 (um sexto) o aumento procedido em razão da agravante genérica da reincidência, reduzir a sua reprimenda para 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, negando-se provimento ao apelo defensivo do segundo paciente, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Relativamente ao alegado equívoco do *quantum* de diminuição da pena do paciente LEONARDO, procedida pelo reconhecimento da confissão espontânea, verifica-se que, na segunda fase de aplicação da reprimenda, o magistrado singular reduziu a pena-base desse acusado, fixada no mínimo legal, em 2 (dois) meses de reclusão em razão dessa atenuante genérica. Para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, o trecho da sentença no ponto relativo à segunda etapa da dosimetria:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 30 dias-multa, que aumento de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, face a agravante relativa à reincidência, prevista no art. 61, I, do CP, alcançando a pena intermediária o patamar de 5 (cinco) anos de reclusão e 40 dias-multa, que diminuo de 2 (dois) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa, em razão da atenuante genérica relativa à confissão, prevista no art. 65, III, "d", do CP, ficando a pena intermediária estabelecida em 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa. [...]. (fl. 55)

Em que pesem os argumentos expendidos na impetração de que a confissão do primeiro acusado teria gerado uma *"tímida redução da reprimenda e valorizado de forma tênue o art. 65, III, 'd', do CP"* (fls. 5-6), verifica-se que essa questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que impede a análise dessa matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, importante destacar que, segundo a doutrina, *"Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante"* (NUCCI, Guilherme de Souza, Individualização da Pena, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212).

Não se olvida que há doutrinadores que defendem que o aumento ou redução por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado.

Entretanto, esse Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o *quantum* de redução pela circunstância atenuante deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena, não se podendo acoimar de ilegal a decisão que reduziu em 2 (dois) meses a pena-base em razão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, principalmente em se considerando que o aumento da pena-base foi de apenas 1 (um) ano acima do mínimo legalmente previsto.

Ademais, destaque-se que há julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido de que *"se mostra incabível rever a extensão do aumento a título de reincidência, pois tal proceder implicaria valorar novamente o conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível de ser realizada em sede de habeas corpus"*, entendimento que, *mutatis mutandis*, aplica-se à espécie. (HC n.º 121.679/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, QUINTA TURMA, julgado em 8-9-2009, DJe 13-10-2009).

No que tange à almejada compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, verifica-se que a Corte impetrada entendeu correta a preponderância da reincidência sobre a atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, nos termos do art. 67 do CP, conforme de depreende do trecho a seguir descrito:

"Dispõe o artigo 67 do CP que há de se preponderar a reincidência, [...], não podendo haver a compensação, como corretamente entendeu o julgador." (fl. 88)

E, assim decidindo, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, visto que, embora o magistrado singular tenha reconhecido a presença da atenuante da confissão espontânea, corretamente julgou como preponderante na espécie a agravante da reincidência, em consonância com o entendimento adotado por este Superior Tribunal de Justiça, em especial por esta Quinta Turma, para a qual, no concurso entre agravantes e atenuantes, a reincidência é circunstância que prevalece sobre a confissão espontânea, não podendo ensejar a compensação com o aumento fixado em razão do previsto no art. 61, inciso I, do CP, como pretendido, especialmente em se considerando que o acusado ostenta condenação anterior por delito equiparado a hediondo - tráfico de drogas.

A propósito, os seguintes precedentes desta Quinta Turma:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO. SÚMULA Nº 269/STJ.

I - Tendo a paciente confessado o crime, é de incidir a atenuante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP.

II - A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, não podendo, esta última, ser totalmente desconsiderada, como na hipótese dos autos (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

[...]

Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena privativa de liberdade, reduzindo o aumento pela agravante da reincidência devido o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea restando definitivamente fixada em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

(HC 139.536/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 01-2-2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONCURSO DE TRÊS MAJORANTES. NÃO-DEMONSTRADAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA.

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

2. A agravante da reincidência deve ser considerada como circunstância preponderante, atendendo ao disposto no art. 67 do Código Penal, quando em concurso com a atenuante da confissão espontânea. Precedente do STJ.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 6 anos e 8 meses de reclusão no regime inicial fechado, e 16 dias-multa.

(HC 138.865/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 30-11-2009)

Como bem ressaltou o Ministério Público Federal, "LEONARDO ostenta condenação anterior por tráfico ilícito de entorpecentes, não se podendo esquecer, ainda, que se valeu do auxílio de dois adolescentes para a empreitada criminoso. Não se pode dizer, desse modo, que os aspectos da sua personalidade sejam favoráveis. Impossível, diante disso, emprestar à sua confissão o mesmo peso da reincidência, para o fim de compensá-las, quando da dosimetria da pena." (fl. 103)

No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena imposto ao acusado LEONARDO - fechado -, inviável a aplicação do enunciado na Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça, pois, não obstante a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, verifica-se que a quantidade de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

finalmente irrogada ao paciente restou superior a 4 (quatro) anos, não se podendo olvidar que é reincidente, ostentando condenação anterior pela prática do crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, circunstâncias que indicam que o modo fechado para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea a, e § 3º, do CP.

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena imposto ao paciente VALDINEI - fechado -, viável a fixação do modo inicial mais brando de cumprimento de pena, não só em razão do *quantum* de reprimenda definitivamente irrogado ao acusado - 3 (três) anos e 7 (sete) meses de reclusão -, como também diante da favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais e da sua primariedade, elementos que demonstram que, no caso concreto, o regime aberto para o início do cumprimento da sanção reclusiva mostra-se suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do crime cometido, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, tão somente para fixar ao paciente VALDINEI DE JESUS PEREIRA o regime inicial aberto de cumprimento de pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0109754-5

HC 138.543 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080011732203 200905002071 20712009

EM MESA

JULGADO: 19/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO ROSA DE OLIVEIRA
PACIENTE : VALDINEI DE JESUS PEREIRA

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 19 de agosto de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário