



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.896 - SP (2013/0276528-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
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 : WILLIAN ZAROS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.154.752/RS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– No julgamento EREsp nº 1.154.752/RS, a Terceira Seção desta Corte Superior uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 7 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

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 conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de fevereiro de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.896 - SP (2013/0276528-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

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 : WILLIAN ZAROS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em benefício de WILLIAN ZAROS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado e 3 (três) dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial, aumentando a pena para 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão e 8 (oito) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença de piso. O aresto ficou assim ementado:

APELAÇÃO - ROUBO - PENA - DOSIMETRIA - "QUANTUM" - ADEQUAÇÃO - Réu que ostenta maus antecedentes pela prática de crimes de tráfico de entorpecentes, roubo qualificado e furto qualificado justificando o aumento da pena-base - Réu reincidente - Intelecção do artigo 67 do Código Penal que conduz à impossibilidade de compensação entre a atenuante da confissão e a reincidência, uma vez que esta circunstância é preponderante - Semi-imputabilidade - Acusado que, à época dos fatos, era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do crime de roubo, mas não tinha plena capacidade de determinar-se de acordo com tal entendimento - Redução de um terço que melhor se coaduna com o caso em concreto Sentença condenatória reformada - RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO, EM PARTE, SOMENTE PARA FIXAR A REPRIMENDA EM TRÊS ANOS, SETE MESES E DEZESSEIS DIAS DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE OITO DIAS-MULTA, NO PISO (fls. 35).

No presente *writ*, sustenta o impetrante que, ante o reconhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão espontânea, deve haver a compensação entre esta e a agravante genérica da reincidência, uma vez que ambas são igualmente preponderantes. Pugna, assim, pelo redimensionamento da pena.

Prestadas as informações às fls. 47, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 133/138).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.896 - SP (2013/0276528-2)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração a compensação da reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena estabelecida pelo Tribunal de origem.

Ao refazer a dosimetria da pena, o Tribunal de origem consignou que:

A sentença comporta reparo na dosimetria da pena, nos aspectos impugnados pelo apelo ministerial.

Na primeira fase da dosimetria da reprimenda, foi a pena-base fixada no patamar mínimo legal, a despeito dos antecedentes criminais ostentados pelo acusado.

Entretanto, as certidões acostadas a fls. 54, 55 e 58, do apenso próprio, atestam que o réu foi condenado em outros processos, por crimes de tráfico de entorpecentes, roubo qualificado e furto qualificado, inclusive com trânsito em julgado, tendo o total de penas a cumprir de oito anos, seis meses e doze dias de reclusão.

Trata-se de circunstância que denota uma personalidade voltada à prática de crimes patrimoniais, tornando imperiosa a exasperação da reprimenda.

Diante da circunstância judicial desfavorável, necessária a reforma do respeitável "decisum a quo", elevando-se a pena-base no patamar de um sexto, que se mostra mais adequado e, não em metade, como alvitra o apelo ministerial. Assim, fixa-se a pena-base em quatro anos e oito meses de reclusão e pagamento de onze dias-multa.

Na segunda fase do cálculo, o MM. Juízo reconheceu, corretamente, a agravante da reincidência específica do réu. O documento de fl. 45, do apenso próprio, certifica o trânsito em julgado da sentença condenatória para o réu (05.11.2003). Assim, ao tempo do fato (16.01.2012), não havia decorrido o quinquênio depurador.

Entretanto, a atenuante da confissão não pode ser compensada com a agravante da reincidência.

Dispõe o artigo 67 do Código Penal que: "no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência".

A norma é clara e peremptória ao apontar a reincidência como circunstância preponderante, somente sendo admitida eventual compensação com atenuante da menoridade, eis que esta também é de cunho subjetivo.

Nossos Tribunais superiores também entendem que, no cotejo entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, esta é que deve preponderar:

[...].

Ressalta-se, ademais, que no caso em comento o acusado permaneceu silente na fase extrajudicial, confessando o delito somente quando ouvido em Juízo.

O artigo 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

Neste momento processual, as provas já foram produzidas e, não raras vezes, quando o acusado pressente que a condenação criminal é iminente, acaba por confessar o crime somente para ser beneficiado com a redução da pena. Não traz ao feito qualquer elemento que colabore com o deslinde da persecução penal, devendo tal confissão, ser vista com reservas.

Por tais motivos entende-se a preponderância da agravante genérica da reincidência.

Logo, incide acréscimo de um sexto à pena, totalizando cinco anos, cinco meses e dez dias de reclusão e pagamento de doze dias-multa no piso legal.

Na derradeira etapa, deve ser aplicada a diminuição concernente à semi-imputabilidade do acusado, que à época dos fatos, era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do crime de roubo, mas não tinha plena capacidade de determinar-se de acordo com tal entendimento.

De tal modo, reduz-se a reprimenda em um terço, que melhor se coaduna com o caso em comento, restando a pena definitiva em três anos, sete meses e dezesseis dias de reclusão, mais o pagamento de oito dias-multa (fls. 36/40).

Verifica-se dos autos que as instâncias ordinárias reconheceram a existência da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea, tendo, o Tribunal a quo, em face do concurso entre atenuante e agravante, majorado a pena em 1/6 (um sexto), ante o reconhecimento da preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea.

Ocorre que no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.154.752/RS, em 23 de maio de 2012, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas. O julgado ficou assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Dessa forma, imperioso o redimensionamento da reprimenda, o que faço desde já.

A pena-base, fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 dias-multa, estabelecida em sede de apelação, deve ser mantida nesse patamar na segunda fase do cálculo da pena, ante a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Já na terceira fase da dosimetria, mantenho a diminuição no patamar de 1/3 (um terço), em razão da semi-imputabilidade do réu reconhecida pelo Tribunal de origem, resultando em uma pena definitiva de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 7 dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, apenas para efetuar a compensação da confissão espontânea com a reincidência, redimensionando a pena para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 7 dias-multa, mantidos os demais termos o acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0276528-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 275.896 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010655120128260344 10655120128260344 662012

EM MESA

JULGADO: 20/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

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 : WILLIAN ZAROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.