



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.791 - DF (2010/0160815-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : MARCOS GERALDO TEIXEIRA SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : VALDIMIR DE AQUINO FERREIRA NEY
PACIENTE : TIAGO MASCIMINIO DE FREITAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

4. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

ROUBO SIMPLES. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DO AGENTE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Nos casos em que a conduta do agente transcender ou extrapolar as circunstâncias ou consequências naturais do tipo, a violência excessiva poderá, e deverá, servir de fundamento para a elevação da pena-base.

2. Havendo suficiente fundamentação quanto à negatividade da culpabilidade do agente e das consequências do delito, pois extrapolaram aquelas próprias do tipo penal violado, não há o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se falar em ilegalidade do acórdão no ponto em que manteve a pena-base, fixada acima do mínimo, em razão da desfavorabilidade dessas circunstâncias judiciais.

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. PRETENDIDA COMPENSAÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR IDÊNTICO DELITO. CRIME COMETIDO CONTRA MAIOR DE 60 (SESSENTA) ANOS. DUAS AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS AGRAVADORAS DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. O 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.

2. Constatado que o agente possui condenação anterior por idêntico delito ao ora em exame, geradora de reincidência, e que há uma segunda agravante reconhecida em seu desfavor - crime cometido contra maior de 60 (sessenta) anos - não há constrangimento ilegal na negativa de compensação das circunstâncias legais agravadoras com a atenuante da confissão espontânea.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.791 - DF (2010/0160815-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : MARCOS GERALDO TEIXEIRA SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : VALDIMIR DE AQUINO FERREIRA NEY
PACIENTE : TIAGO MASCIMINIO DE FREITAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de VALDIMIR DE AQUINO FERREIRA NEY e de TIAGO MASCIMINIO DE FREITAS contra acórdão da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que negou provimento à Apelação nº 2009.01.1.146380-0, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou os pacientes, respectivamente, à pena de 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa; e à 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 8 (oito) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa, ambos pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a exasperação da pena-base teria sido aplicada de forma excessiva e sem fundamentação idônea que justificasse a medida.

Defende que deveria ser promovida a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, conforme previsto no art. 67 do CP, pois ambas seriam igualmente preponderantes.

Requeru a concessão da ordem, para que fossem as penas redimensionadas para o mínimo legal, procedendo-se ainda à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Informações prestadas.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.791 - DF (2010/0160815-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente VALDIMIR DE AQUINO FERREIRA NEY foi condenado à reprimenda de 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa, e TIAGO MASCIMINIO DE FREITAS ao cumprimento de 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 8 (oito) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa, ambos pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, porque, em concurso com o terceiro réu, segundo narra a exordial acusatória:

*No dia 19 de setembro de 2009, por volta das 11h, [...] os denunciados, com vontades livres e conscientes, mediante violência e grave ameaça, exercida com emprego de uma arma de fogo, subtraíram, para proveito de todos, a importância de R\$ 80,00 (oitenta reais) pertencentes a **Renato Gama Dias Neto**.*

*Segundo informações da peça inquisitorial, os denunciados tocaram a campainha da casa de **Dulcy Borges de Queiroz Peres**, avó de **Renato Gama Dias Neto**, e pediram um pouco de água.*

*Em seguida, após dona **Dulcy** ter feito o que lhe foi solicitado, os denunciados anunciaram assalto, momento em que **Tiago Masciminio de Freitas**, que portava a arma de fogo, agarrou a senhora pelo pescoço e a empurrou para o interior da residência.*

*Os denunciados mantiveram dona **Dulcy** sentada no sofá, ao tempo em que procuravam algo de valor.*

***Tiago Masciminio de Freitas** subiu as escadas e se dirigiu à parte superior da casa, onde se encontrava **Renato Gama Dias Neto**, que foi obrigado a ficar deitado no chão, com o rosto virado para baixo, enquanto **Tiago** revirava o quarto a procura de dinheiro e outros objetos de valor, oportunidade em que subtraiu da carteira da vítima a quantia de R\$ 80,00*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(oitenta reais) (fls. 12-13).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante ao Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantendo-se integralmente o édito condenatório.

No tocante à aventada ilegalidade na aplicação da pena-base, para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria procedida em primeira instância quanto ao sentenciado VALDIMIR:

[...]. A culpabilidade é negativa quando há um exagero do crime, um grau de indignação, um plus por causa do excesso na conduta. Neste caso, a culpabilidade do réu excedeu àquela inerente ao próprio delito. Isso porque a vítima Dulcy Borges de Queiroz Peres sofreu, por parte dos acusados, agressão física intensa, que foram causa das lesões descritas no Laudo de fls. 46/47.

[...] No caso do réu, o único registro de condenação anterior definitiva presente em sua folha penal será considerando para fins, somente, de reincidência (fls. 78/79).

*A **conduta social**, [...] não foi demonstrada.*

*A **personalidade** considero como sendo o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa. [...] Pelo que denota dos autos, não é a primeira vez que o réu se envolve em práticas delitivas, o que demonstra sua personalidade voltada para o crime. Entretanto, deixo de valorar negativamente nesta fase seu registro de fls. 79, eis que será devidamente sopesado na segunda fase como agravante da reincidência.*

[...] Os motivos não foram comprovados.

*As **circunstâncias**, sendo os elementos acidentais que não participam da estrutura do crime, não são desfavoráveis.*

*No exame das **consequências** pondera-se se o mal causado pelo crime transcendeu o resultado típico. [...] No caso em apreço, ficou demonstrado que em razão do crime a vítima Dulcy Borges ficou traumatizada, passando a ter dificuldades no exercício de atividades corriqueiras que antes desempenhava como atender uma campainha, sair à rua ou ir à igreja, de modo que, nesse aspecto, as consequências extrapolam as inerentes ao próprio tipo, sendo, assim, negativas. É de se ressaltar que estas atividades são de fundamental importância para uma idosa de 80 anos [...].*

[...]. No caso dos autos o comportamento da vítima não influenciou na prática do crime.

*Diante das circunstâncias judiciais analisadas, considerando que a culpabilidade e as consequências do crime não lhe favorecem, **fixo a pena-base acima do mínimo legal, no patamar de 5 anos e 6 meses de***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 50 dias-multa, fixados no mínimo legal. (fls. 42-43)

No caso do paciente TIAGO foram sopesadas como negativas a maioria das circunstâncias judiciais imputadas a VALDIMIR, sendo consideradas diferenciadas apenas duas delas - os antecedentes criminais e a personalidade do agente -, sob os seguintes argumentos:

*Para avaliar os **antecedentes** é preciso verificar se o réu já foi definitivamente condenado por crime anterior, sendo que o trânsito em julgado sobreveio à prática do crime em apreço. [...] No caso do réu, não há nenhum registro em sua folha penal (fls. 77).*

[...]

[...] Pelo que denota dos autos, é a primeira vez que o réu se envolve em práticas delitivas, não havendo, desse modo, dados suficientes nos autos que permitam aferir sua personalidade.

[...]

Diante das circunstâncias judiciais analisadas, considerando que a culpabilidade e as consequências do crime não lhe favorecem, fixo a pena-base acima do mínimo legal, no patamar de 5 anos e 6 meses de reclusão e 50 dias-multa, fixados no mínimo legal. (fls. 39-40)

Julgando o apelo defensivo, o Tribunal impetrado findou mantendo a sanção básica tal qual fixada pelo sentenciante para os dois pacientes, assim justificando:

Em relação à dosimetria, não verifico a necessidade de reparo em relação à pena-base, porquanto a mesma fora majorada com acerto pela Juíza do Conhecimento quando sopesaram desfavoráveis ao apelante as circunstâncias judiciais da culpabilidade e as das consequências do crime. (fls. 81)

Para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro de uma discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese em apreço, verifica-se que as instâncias ordinárias consideraram especialmente desfavorável aos pacientes a circunstância judicial relativa **às consequências do delito**, pelos motivos acima já transcritos, que ensejou a conclusão pela negatividade ainda da circunstância judicial referente à **culpabilidade**, e assim fixou-se e manteve-se a pena-base dos pacientes em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa, ou seja, 1 (um) ano e 6 (seis) meses acima do mínimo legalmente previsto para o tipo.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros. *Código penal comentado*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186).

As consequências do crime, por seu turno, consistem na *"maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime"* (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179), ou *"são os efeitos da conduta do agente, o maior ou menor dano (ou risco concreto de dano) para a vítima ou para a própria coletividade"* (DELMANTO, Celso e outros, *Código Penal Comentado*, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 188).

Certo que a violência é elementar do tipo penal do roubo, entretanto, nos casos em que a conduta do agente transcender ou extrapolar as circunstâncias ou consequências naturais do tipo, a violência excessiva poderá, e deverá, servir de fundamento para a elevação da pena-base.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. INQUÉRITOS POLICIAIS EM ANDAMENTO E CONDENÇÃO SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENA-BASE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VIOLÊNCIA DESNECESSÁRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMPREGADA CONTRA A VÍTIMA, CAUSANDO-LHE LESÕES CORPORAIS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE SE AFASTAM DAS COMUNS À ESPÉCIE. AUMENTO JUSTIFICADO .

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive, sentenças não transitadas em julgado), não induzem reincidência, nem podem ser levados em consideração na fixação da pena-base, como maus antecedentes, reincidência, nem tampouco coma personalidade voltada para o crime, sendo, pois, indevido o respectivo agravamento da pena-base do condenado, em respeito ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Precedentes.

2. Mostra-se perfeitamente idônea a motivação apresentada pelo julgador para majorar a pena-base pelas consequências do delito, em virtude da violência, tida por desnecessária, empregada contra a contra vítima, que sofreu lesões corporais, consistentes em ferimento no lábio superior direito e na região maxilar direita, porquanto configuram circunstâncias que se afastam das comuns à espécie.

3. Concedida parcialmente a ordem para, mantida a condenação, afastar da pena-base o aumento em decorrência dos maus antecedentes e da personalidade do agente, nos termos delineados no voto.

(HC 181.163/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 27/04/2012 - grifo nosso)

Nesse contexto, não há ilegalidade na imposição da reprimenda básica em patamar superior ao mínimo legal, já que as lesões físicas sofridas pela ofendida em razão da violência excessiva empregada na execução do roubo transcenderam as consequências próprias da comumente utilizada, isto é, as consequências do delito em questão extrapolaram aquelas inerentes ao tipo penal violado, servindo, por isso, para autorizar o aumento de pena na primeira etapa da dosimetria.

Com efeito, depreende-se da análise dos autos que uma das vítimas, uma senhora com 81 (oitenta e um) anos de idade à época do fato, ao abrir a porta de sua residência para entregar um copo d'água que lhe foi solicitado pelos agentes, ao que consta três, foi bruscamente empurrada, caindo no chão, e como se não bastasse, ainda foi arrastada pela casa, gerando assim, ferimentos e sangramento em seu rosto, além de lesões em seu pescoço, provenientes de agressão direta nessa região do corpo. Também consta dos autos que essa vítima sofreu danos psicológicos, posto que registrou-se na sentença que, após o crime, não conseguia mais fazer atividades simples do cotidiano, como atender à campainha ou mesmo sair de casa.

Tais circunstâncias merecem ser devidamente sopesadas quando da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da reprimenda básica, em observância ao princípio da individualização da pena, constitucionalmente garantido.

Assim, havendo suficiente fundamentação quanto à negatividade das consequências do delito, que levou à Corte originária a considerar mais elevada a culpabilidade do agente na espécie, não há o que se falar em ilegalidade do acórdão no ponto em manteve a pena-base, fixada 1 (um) ano e 6 (seis) meses acima do mínimo, em razão da desfavorabilidade dessas circunstâncias judiciais.

No tocante ao pleito de realização da compensação entre a agravante da reincidência, reconhecida em desfavor apenas de VALDIMIR, e a atenuante da confissão espontânea, verifica-se que o juiz sentenciante, na segunda fase da dosimetria, assim considerou:

Na segunda fase da aplicação da pena vejo presente a agravante da reincidência (fls. 79). O réu já foi definitivamente condenado também por roubo circunstanciado, praticado duas vezes por concurso formal, fato ocorrido em 26/07/2007, com trânsito em julgado em 21/11/2007. Presente a agravante do art. 61, II, 'h', do CP - a vítima Dulcy Borges (81 anos) era maior de sessenta anos à época do fato. Também incide a atenuante da confissão. No caso de concurso entre atenuantes e agravantes o artigo 67 do CP estabelece as circunstâncias preponderantes: motivo, personalidade e reincidência. A confissão se refere a personalidade e deve ser analisada considerando que os réus foram presos em flagrante, ainda na posse da res furtiva, bem como a existência de testemunhas presenciais, não podendo ser tida como fundamental para o deslinde da autoria. De outro lado, a reincidência específica do réu e a idade avançada de uma das vítimas, de 81 anos de idade, é fator de maior reprovação da conduta, de sorte que, o percentual de aumento resultante do confronto deve ser de 1/6. (fls. 43-44)

A Corte impetrada manteve a reprimenda tal como fixada, sob os seguintes argumentos:

Cuida-se de réu reincidente e confesso, no entanto, não há falar em compensação entre a reincidência e a confissão espontânea. Laborou com acerto a juíza sentenciante quando preponderou a reincidência na segunda fase de fixação da pena, em face da atenuante da confissão, e o fez com ponderação e razoabilidade. (fls. 73)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à possibilidade de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, observou-se, de início, discordância contemporânea entre as Turmas que julgam a matéria Criminal nesta Corte Superior, em especial acerca da interpretação/alcance do art. 67 do Código Penal.

No entanto, no julgamento do EResp-1.154.752/RS, foi a questão enfrentada pela 3ª Seção desta Corte Superior. A propósito, eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local." (EResp-1.154.752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 23/5/12).

Sendo assim, prevaleceu o entendimento 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.

Não obstante, não há ilegalidade a ser sanada na espécie em razão da não compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, pois como apontado, além de o paciente VALDIMIR ser reincidente específico, já que a condenação anterior que sofreu é pela prática de roubo majorado, praticado por duas vezes, em concurso formal, há uma segunda agravante admitida em seu desfavor, qual seja, a em razão de o fato criminosos ter sido cometido contra vítima maior de sessenta anos à época - art. 61, II, *h*, do CP.

Assim, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal ao manter o aumento de apenas 1/6 (um sexto) da reprimenda, na segunda etapa da dosimetria, visto que corretamente entendeu como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderantes, no caso concreto, as agravantes apontadas.

Nesse diapasão, deste relator:

[...]

PENA. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. DUAS AGRAVANTES E UMA ATENUANTE. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. RELEVÂNCIA DAS AGRAVANTES. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Embora se reconheça que, nos termos do prescrito no art. 67 do CP, a menoridade relativa prevalece sobre todas as demais circunstâncias atenuantes e agravantes, pois ligada à personalidade ainda em formação do agente, na hipótese são duas as agravantes admitidas em desfavor dos pacientes, igualmente relevantes - emprego de meio cruel (tortura) e uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, que teve seus pés e mãos amarrados quando da execução do delito - razão pela qual não há ilegalidade na ausência de compensação entre elas.

3. Ordem denegada.

(HC 139.577/RJ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 01/08/2012)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0160815-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.791 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1463800

20090111463800

EM MESA

JULGADO: 04/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: MARCOS GERALDO TEIXEIRA SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: VALDIMIR DE AQUINO FERREIRA NEY
PACIENTE	: TIAGO MASCIMINIO DE FREITAS
CORRÉU	: ERIC FONTES DE SOUZA

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."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.