



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.435 - ES (2010/0129589-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ELISIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEANDRO DE MELLO FREITAS
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DO ACUSADO. PLEITO DE NULIDADE DO JULGAMENTO. INVIABILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL DA POSSIBILIDADE DE RETIRADA DO RÉU, DEMONSTRADO O CONSTRANGIMENTO SOFRIDO PELA VÍTIMA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA. CONSUMAÇÃO. OCORRÊNCIA: DESNECESSÁRIA A POSSE MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TESE DE EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. CONDENAÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. CONCURSO ENTRE A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO QUE SE IMPÕE. TEMA PACIFICADO POR ESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.154.752/RS, REL. MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 217 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de inquirição da vítima sem a presença do Acusado, caso haja manifestação de desconforto da Vítima.

2. O Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça, para balizar o debate sobre a consumação do crime de roubo, adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual se considera consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da Vítima.

3. Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução processual se já ocorrido o trânsito em julgado da condenação.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, firmou entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, e fixar a pena do Paciente em **4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.435 - ES (2010/0129589-3)

IMPETRANTE : ELISIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEANDRO DE MELLO FREITAS
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO DE MELLO FREITAS – condenado por infração ao art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa –, em face do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento à apelação interposta pelo ora Paciente, em acórdão assim ementado, *litteris*:

"PRELIMINARES - 1. NULIDADE DA SENTENÇA ANTE A NÃO APRECIÇÃO DE TESE DEFENSIVA - REJEITADA. - 2. NULIDADE PROCESSUAL ANTE A NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 217 DO CP - REJEITADA. MÉRITO - APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO - 157, CAPUT DO CP - 1. PROVAS ROBUSTAS DEMONSTRAM A AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO - 2. CONSUMAÇÃO - DESNECESSIDADE DE POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA - 3. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA APLICADA DE FORMA CORRETA - 4. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA RELACIONADA AO ARTIGO 61, I DO CP - 5; COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - NÃO APLICAÇÃO - PENA APLICADA NO PATAMAR MÍNIMO - SÚMULA 231 DO STJ - 6. PEDIDO DE ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS - 7. APELO IMPROVIDO.

Preliminares - 1. A tese levantada pela defesa não merece guarida, uma vez que resta evidente que o magistrado de 1º grau se manifestou sim a respeito da compensação entre a atenuante e agravante, ao consignar em trecho da r. sentença, localizada às fls. 165, que não seria possível a aplicação da atenuante em virtude da súmula 231 do STJ. 2. No caso em tela, a declaração da vítima foi uma das primeiras a serem acolhidas, assim é coerente entender por qual motivo o ora apelante não foi levado para a audiência, uma vez que seria temerário à vítima manter contato visual com o réu e só então pedir para ele se retirar.

Mérito - 1. autoria e materialidade do delito são comprovado de forma clara pelos depoimentos colacionados aos autos. Tanto é assim, que a defesa sequer contesta a autoria e materialidade presentes nos autos. Logo, não há maiores comentários em relação a esta questão. 2. O entendimento atual dos Tribunais Superiores e deste Egrégio Tribunal de Justiça é de que não há mais que se falar em posse pacífica e tranquila da res, para que o crime de roubo se configure. 3. A reincidência prevista no artigo 61, I do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, foi aplicada de forma adequada, pois entendo que não há que se falar em sua exclusão, uma vez que tal instituto não pode ser expurgado, pelo fato de haver em trâmite uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação a tal dispositivo legal. 4. Prequestionada a matéria relacionada à aplicação do artigo 61, I, do CP. 5. Não há que se falar em compensação entre atenuantes e agravantes no caso em tela, por força da súmula 231 do STJ. 6. O pedido de isenção de custas processuais deve ser requerido no juízo de Execuções Penais. 7. Apelo improvido." (fls. 62/63)

Os impetrantes alegam, em suma, (i) a não observância do art. 217, do Código de Processo Penal e de seu parágrafo único; (ii) que o delito foi cometido na forma tentada; e que ocorre (iii) a nulidade da sentença, na qual não se compensou a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Requerem, liminarmente, seja suspenso o curso da execução provisória a que estaria sujeito o ora Paciente.

No mérito, pretendem anular o processo-crime desde a audiência em que se teria desrespeitado a regra do art. 217 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal. Alternativamente, requerem seja anulada a sentença, por falta de apreciação de alegação defensiva. No insucesso de tais teses, pugnam pelo reconhecimento da tentativa, prevalência da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência, e seja expedido salvo conduto, em razão de excesso de prazo na instrução processual.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 103, quando dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 110/116, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.435 - ES (2010/0129589-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DO ACUSADO. PLEITO DE NULIDADE DO JULGAMENTO. INVIABILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL DA POSSIBILIDADE DE RETIRADA DO RÉU, DEMONSTRADO O CONSTRANGIMENTO SOFRIDO PELA VÍTIMA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA. CONSUMAÇÃO. OCORRÊNCIA: DESNECESSÁRIA A POSSE MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TESE DE EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. CONDENAÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. CONCURSO ENTRE A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO QUE SE IMPÕE. TEMA PACIFICADO POR ESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.154.752/RS, REL. MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 217 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de inquirição da vítima sem a presença do Acusado, caso haja manifestação de desconforto da Vítima.

2. O Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça, para balizar o debate sobre a consumação do crime de roubo, adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual se considera consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da Vítima.

3. Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução processual se já ocorrido o trânsito em julgado da condenação.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, firmou entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, e fixar a pena do Paciente em **4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa**.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relator):

Consta dos autos que o ora Paciente foi condenado pelo crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal, por ter, no dia 21 de março de 2009, no bairro Jardim da Penha/ES, abordado a Vítima, que caminhava em direção ao Colégio *Darwin*, obrigando-a a entregar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aparelho celular, sob ameaças e prolação de palavras de baixo calão.

Após a consumação do delito, o porteiro do instituto de ensino perseguiu o Paciente que, na fuga, jogou o celular da Ofendida no chão. O objeto foi recolhido pelo porteiro e devolvido à dona. Acionada, a Polícia realizou buscas na região e encontrou o Condenado em um ponto de ônibus próximo, momento em que confessou o fato, e foi reconhecido pela Vítima.

A condenação foi fixada, em primeira instância, em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 16 (dezesseis) dias-multa.

Contra a Sentença, o Paciente interpôs apelação, desprovida pela 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o que ensejou a presente impetração.

Feitas essas breves considerações, passo ao voto.

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade do acórdão por ausência do Acusado no depoimento da Vítima, fundamentou a Corte de origem o que se segue:

"De plano vejo que tal assertiva não merece prosperar.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 217, permite que seja retirado o réu, desde que permaneça seu defensor, caso constatada qualquer influência no ânimo da depoente.

No caso em tela, a declaração da vítima foi uma das primeiras a serem colhidas, assim é coerente entender por qual motivo o ora apelante não foi levado para a audiência, uma vez que seria temerário à vítima manter contato visual com o réu e só então pedir para ele se retirar.

[...]

Deste modo, na esteira do entendimento do Código de Processo Penal e dos precedentes desta Corte, acompanhando o Colendo STJ, bem como o zeloso Ministério Público, entendo não haver qualquer nulidade a ser reconhecida por não ter o ora paciente assistido às declarações das vítimas, que se disseram incomodadas com a sua presença durante a audiência." (fls. 70/74).

Com efeito, conforme entendimento desta Corte superior, não configura nulidade a ausência do réu durante o depoimento da vítima, desde que comprovado o constrangimento sofrido por essa durante confronto com o réu.

No caso em questão, houve manifestação de desconforto da Vítima em depor na presença do réu, o que fez o Juiz da instrução proibir a sua entrada na sala de audiência durante o depoimento, apenas. Assim, não restou configurada a nulidade do acórdão, no ponto.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE AGENTES. NULIDADE. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS INICIADA PELO JUIZ. INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OU DEBATIDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM SEDE DE APELAÇÃO. NULIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 217 DO CPP. OITIVA DA VÍTIMA SEM A PRESENÇA DO RÉU. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE PRIVILEGIADA. INVIABILIDADE. REPROVABILIDADE DA CONDUTA.

[...]

3. O art. 217 do CPP faculta ao juiz a inquirição da vítima, sem a presença do acusado, desde que devidamente representado por seu defensor, quando aquela manifesta constrangimento para depor em tal circunstância.

4. Ainda que a ausência do acusado no depoimento da vítima viesse a configurar nulidade, esta seria relativa e, como tal, exigiria a efetiva demonstração de prejuízo. Precedentes do STJ.

[...]

7. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 166.736/ES, SEXTA TURMA, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 04/06/2012; sem grifo no original).

Prosseguindo, quanto ao reconhecimento da tentativa, assim se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, *litteris*:

"Pois bem, em sua tese, a defesa afirma que o crime foi cometido na forma tentada, uma vez que o objeto do roubo não ficou com o apelante de forma pacífica e tranquila, já que o mesmo teria devolvido a res furtiva assim que o porteiro do colégio se aproximou dele.

Ao analisar detidamente os autos sob meu crivo, verifica-se que a tese defensiva não merece guarida, como será demonstrado a seguir.

A autoria e materialidade do delito são comprova- das de forma clara pelos depoimentos colacionados ao feito e pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito de fls. 08, Auto de Apreensão de fls. 18 e Auto de Entrega de fls. 19.

Tanto é assim, que a defesa sequer contesta a autoria e materialidade presentes nos autos. Logo, não há maiores comentários em relação a esta questão.

No que diz respeito à desclassificação do crime de roubo consumado para a forma tentada, entendo que não há base legal para que o argumento defensivo seja acolhido, uma vez que resta evidente a prática do crime de roubo em sua forma consumada.

O entendimento atual dos Tribunais Superiores e deste Egrégio Tribunal de Justiça é de que não há mais que se falar em posse pacífica e tranqüila da res, para que o crime de roubo se configure. Isto porque os Tribunais adotaram a teoria da apprehensio, ou amotio, segundo a qual o crime se consuma quando a coisa passa para o poder do agente." (fls. 77/78; sem grifo no original).

Sobre o tema, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal e esta Corte adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

No caso em tela, o Acusado, após subtrair o aparelho celular da vítima, foi perseguido pelo porteiro de escola próxima, largando o aparelho no chão, razão pela qual é correto o entendimento das instâncias ordinárias de que o delito restou consumado.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA. ORDEM DENEGADA.

1. O presente caso não exige o reexame de matéria fático-probatória. O que se discute, na hipótese, é tão-somente o enquadramento jurídico dos fatos.

2. Para a consumação do crime de roubo, basta a inversão da posse da coisa subtraída, sendo desnecessária que ela se dê de forma mansa e pacífica, como argumenta a impetrante. Precedentes.

3. Ordem denegada". (STF, HC 100.189/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Dje de 16/04/2010.)

"HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL. PERSEGUIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE POSSE TRANQUÍLA. DESNECESSIDADE. ROUBO CONSUMADO. ORDEM DENEGADA.

É prescindível, para a consumação do roubo, que o agente consiga a posse tranqüila da coisa subtraída, mesmo que perseguido e preso por policiais logo após o fato.

Não há como prosperar, pois, a alegação de que o roubo não saiu da esfera de tentativa.

Ordem denegada." (STF, HC 91.154/SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 19/12/2008.)

"Habeas corpus. Processual penal e Penal. Trânsito em julgado. Cabimento de habeas corpus. Crime de roubo. Consumação. Precedentes da Corte.

1. O trânsito em julgado da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, não impede o julgamento do habeas corpus.

2. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que a prisão do agente, ocorrida logo após a subtração da coisa furtada, ainda sob a vigilância da vítima ou de terceira pessoa, não descaracteriza a consumação do crime de roubo.

3. Habeas corpus denegado." (STF, HC 94.406/SP, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 05/09/2008.)

Não há constrangimento ilegal também no que se refere à tese de excesso de prazo na instrução processual, em razão do trânsito em julgado da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porém, é ilegal o fato de não ter havido a compensação entre as circunstâncias atenuante e agravante. No ponto, consignou o Tribunal de origem, *litteris*:

"A tese levantada pela defesa não merece guarida, uma vez que resta evidente que o magistrado de 1º grau se manifestou sim a respeito da compensação entre a atenuante e agravante, ao consignar em trecho da r. sentença, localizado às fls.165, que não seria possível a aplicação da atenuante em virtude da Súmula no 231 do STJ.

[...]

Além disso, a defesa não fez constar no rol dos pedidos das Alegações Finais a compensação entre a atenuante da confissão e agravante da reincidência.

Como bem disse a douta Procuradoria de Justiça em trecho de fls. 228 do parecer:

"(..) Observa-se, na página 154, que em seus pedidos apenas reafirma o requerimento de fixação da pena abaixo do mínimo legal, com o reconhecimento da atenuante da confissão, não havendo o alegado pedido de compensação.

A simples menção a entendimento do Superior Tribunal de Justiça em suas alegações finais não obriga que o julgador analise da matéria na sentença.

Não há que se falar, portanto, em nulidade da sentença tendo em vista inexistência de argumentação, de fundamentação e de pedido de compensação entre a reincidência e a confissão, devendo a preliminar ser rejeitada. (...)'" (fls. 65/67)

Com efeito, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, fixou entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

A propósito, confira-se o teor de matéria publicada no Informativo de Jurisprudência n.º 498, deste Superior Tribunal de Justiça, *ipsis litteris*:

"REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação. EREsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012."

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante se infere do julgamento do HC 101.909/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO, destacado no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informativo/STF n.º 656, *in verbis*:

"A 2ª Turma, ao reconhecer, na espécie, o caráter preponderante da confissão espontânea, concedeu habeas corpus para determinar ao juízo processante que redimensionasse a pena imposta ao paciente. No caso, discutia-se se esse ato caracterizaria circunstância atenuante relacionada à personalidade do agente e, portanto, preponderante nos termos do art. 67 do CP ('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 motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência'). Inicialmente, acentuou-se que a Constituição (art. 5º, LXIII) asseguraria aos presos o direito ao silêncio e que o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g) institucionalizaria o princípio da não autoincriminação — nemo tenetur se detegere. Nesse contexto, o chamado réu confesso assumiria postura incomum, ao afastar-se do instinto do autoacobertamento para colaborar com a elucidação dos fatos, do que resultaria a prevalência de sua confissão. Em seguida, enfatizou-se que, na concreta situação dos autos, a confissão do paciente contribuíra efetivamente para sua condenação e afastara as chances de reconhecimento da tese da defesa técnica no sentido da não consumação do crime. Asseverou-se que o instituto da confissão espontânea seria sanção do tipo premial e que se assumiria com o paciente postura de lealdade. Destacou-se o caráter individual, personalístico dos direitos subjetivos constitucionais em matéria criminal e, como o indivíduo seria uma realidade única, afirmou-se que todo o instituto de direito penal que se lhe aplicasse, deveria exibir o timbre da personalização, notadamente na dosimetria da pena."

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

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

1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.

2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente." (HC 101.909/MG, Segunda Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 19/06/2012.)

No caso em questão, o Juiz, na segunda fase da dosimetria, não aplicou a atenuante da confissão espontânea, muito embora tenha reconhecido a circunstância agravante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da reincidência e majorado a reprimenda em 06 (seis) meses e 06 (seis) dias-multa.

Deve haver, no caso, portanto, igual compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem para, alterar o *quantum* da pena, que fixo em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0129589-3

HC 179.435 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 24090073354

EM MESA

JULGADO: 06/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELISIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEANDRO DE MELLO FREITAS
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.