



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.417 - SP (2010/0092059-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ADELSON GONÇALVES SIQUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDNEI DOS SANTOS PRATES
PACIENTE : IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA OCORRIDO ANTES DA SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ADMISSIBILIDADE. ART. 569 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES. INDEFERIMENTO INDEVIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. QUESTÃO NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE INOCÊNCIA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CRITÉRIO OBJETIVO. CONFIGURAÇÃO. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. RÉUS REINIDENTES. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A QUATRO ANOS. RÉU SOLTO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Consoante o disposto no art. 569 do Código de Processo Penal, o aditamento da denúncia é perfeitamente admissível, desde que ocorra antes da sentença final e seja garantindo o exercício da ampla defesa e do contraditório. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. Não tendo sido apreciada pela Corte de origem a alegação de cerceamento de defesa, em face do indeferimento do pedido de oitiva de testemunha de defesa, é vedada a sua análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. Não merece ser conhecida a alegação segundo a qual o Paciente EDNEI seria inocente das acusações, na medida que o seu exame demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

4. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. Precedentes.

5. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação da reprimenda. Precedentes da Quinta Turma.

6. A simples presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em patamar acima do mínimo legal previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constata a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie, justificando a concessão da ordem, de ofício, dada a flagrante ilegalidade. Precedentes.

7. Tem-se, pois, por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, não obstante estabelecida a pena-base no mínimo legal, diante da reincidência dos Pacientes. Precedentes.

8. Segundo a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, *"ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP"* (HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26/02/2010), o que não se verificou *in casu*, em que o Paciente EDNEI encontrava-se solto, sendo determinada a expedição de mandado de prisão sem fundamentação, antes do trânsito em julgado da condenação.

9. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido, em parte, para assegurar ao Paciente EDNEI DOS SANTOS PRATES o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, à minguia dos requisitos legais para a imposição de sua segregação cautelar, e para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em favor do Paciente IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS e, de ofício, reduzir o aumento na terceira fase da aplicação da pena ao mínimo legal de 1/3 (um terço), mantendo, contudo, o *quantum* das penas estabelecido no acórdão impugnado, resultante de erro de cálculo, porquanto mais favorável aos Pacientes.

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, conhecer parcialmente da ordem e, nessa parte, deferir parcialmente o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.417 - SP (2010/0092059-8)

IMPETRANTE : ADELSON GONÇALVES SIQUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDNEI DOS SANTOS PRATES
PACIENTE : IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDNEI DOS SANTOS PRATES e IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os ora Pacientes, anteriormente agraciados com o benefício da liberdade provisória desde 08/04/2008, foram denunciados e condenados, como incursos no art. 157, § 2.º, do Código Penal, à pena de 06 anos e 05 meses de reclusão, em regime fechado, oportunidade em que foi facultado o direito de apelar em liberdade, tão somente, ao Paciente EDNEI.

Inconformados, apelaram a Defesa e o Ministério Público. O Tribunal de origem, por sua vez, houve por bem dar parcial provimento ao recurso ministerial apenas "*para condenar os Pacientes ao pagamento das custas processuais*" (fl. 03), determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor de EDNEI.

Alega o Impetrante, nas presentes razões, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista que: (i) os Pacientes têm direito de permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, porquanto responderam parte do processo em liberdade, e tiveram assegurado na sentença o direito de recorrerem em liberdade; (ii) a denúncia é inepta; (iii) foi indeferido o pedido de oitiva de testemunha de defesa imotivadamente, contrariando o princípio da ampla defesa; (iv) foi fixado regime prisional mais gravoso sem fundamentação idônea, afrontando o disposto nas Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal; e (v) o Paciente IRAN faz jus à atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, enquanto que o Paciente EDNEI, por não ter sido reconhecido em nenhum momento, tendo, inclusive, um *álibi* em seu favor, deve ser absolvido das imputações.

Requer, liminarmente, a expedição de contramandado de prisão em favor dos Pacientes. No mérito, pede a anulação da denúncia e da sentença condenatória e, subsidiariamente, a concessão aos Pacientes do direito de recorrerem em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, bem assim a fixação do regime semiaberto para o cumprimento das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas reclusivas.

Foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 22/25.

Após, retornaram-se os autos conclusos ao gabinete para análise do pedido de liminar, indeferido às fls.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 103/106, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.417 - SP (2010/0092059-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA OCORRIDO ANTES DA SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ADMISSIBILIDADE. ART. 569 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES. INDEFERIMENTO INDEVIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. QUESTÃO NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE INOCÊNCIA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CRITÉRIO OBJETIVO. CONFIGURAÇÃO. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. RÉUS REINIDENTES. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A QUATRO ANOS. RÉU SOLTO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Consoante o disposto no art. 569 do Código de Processo Penal, o aditamento da denúncia é perfeitamente admissível, desde que ocorra antes da sentença final e seja garantindo o exercício da ampla defesa e do contraditório. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. Não tendo sido apreciada pela Corte de origem a alegação de cerceamento de defesa, em face do indeferimento do pedido de oitiva de testemunha de defesa, é vedada a sua análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. Não merece ser conhecida a alegação segundo a qual o Paciente EDNEI seria inocente das acusações, na medida que o seu exame demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

4. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. Precedentes.

5. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da fixação da reprimenda. Precedentes da Quinta Turma.

6. A simples presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em patamar acima do mínimo legal previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constata a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie, justificando a concessão da ordem, de ofício, dada a flagrante ilegalidade. Precedentes.

7. Tem-se, pois, por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, não obstante estabelecida a pena-base no mínimo legal, diante da reincidência dos Pacientes. Precedentes.

8. Segundo a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, *"ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP"* (HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26/02/2010), o que não se verificou *in casu*, em que o Paciente EDNEI encontrava-se solto, sendo determinada a expedição de mandado de prisão sem fundamentação, antes do trânsito em julgado da condenação.

9. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido, em parte, para assegurar ao Paciente EDNEI DOS SANTOS PRATES o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, à minguia dos requisitos legais para a imposição de sua segregação cautelar, e para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em favor do Paciente IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS e, de ofício, reduzir o aumento na terceira fase da aplicação da pena ao mínimo legal de 1/3 (um terço), mantendo, contudo, o *quantum* das penas estabelecido no acórdão impugnado, resultante de erro de cálculo, porquanto mais favorável aos Pacientes.

VOTO

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

De início, passo à análise da tese de inépcia da denúncia, ao fundamento de que não descreve a conduta do acusado EDNEI tal como ocorrida, importando em cerceamento de defesa.

Sustenta o Impetrante que, segundo a prova testemunhal colhida nos autos, EDNEI não se encontrava presente no momento do roubo, mas apenas no momento da fuga do corréu IRAN, dando-lhe cobertura, sendo que IRAN teria descido da motocicleta e ingressado no veículo conduzido por EDNEI.

Por essa razão, arguíram os Pacientes a nulidade do feito quando das alegações finais (fls. 104/113).

Seguiu-se a abertura de vista ao Ministério Público para fins de aditamento da denúncia.

O *Parquet* Estadual promoveu, então, o aditamento da exordial acusatória, para retificar a conduta nos seguintes termos, *in verbis*:

"Apurou-se que a vítima tinha sacado a referida importância numa agência bancária. O réu IRAN, numa motocicleta, acompanhado de terceira pessoa não identificada, aproximou-se da vítima e, munido com uma pistola,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anunciou o assalto [...].

Após a subtração, o réu IRAN, na moto com o terceiro assaltante, rumaram até onde estava o réu EDNEI, com um veículo Fiat, que esperava IRAN, dando plena cobertura para a fuga com êxito, sendo que estava ciente do assalto." (fls. 115/116)

O juízo processante recebeu o aditamento à inicial acusatória, determinando a intimação da Defesa para manifestar-se no prazo legal (fl. 117), o que foi feito às fls. 118/120, oportunidade em que a Defesa insistiu no pleito de anulação do feito, não obstante o aditamento da denúncia realizado.

Sentenciado o feito, foi a preliminar rejeitada, resultando na condenação dos Pacientes, nos termos da denúncia aditada.

Em sede de apelação, os Pacientes alegaram o mesmo vício, o qual foi refutado pelo Tribunal *a quo*, nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

Preliminarmente, não há falar em inépcia da denúncia nem em nulidade processual.

Incontroverso que a denúncia foi aditada (fls. 198 e 201) para correção da conduta atribuída ao correú Ednei dos Santos Prates.

Todavia, não houve qualquer prejuízo à defesa. O correú teve ciência da acusação que lhe estava sendo imputada e se defendeu dos fatos, alegando que teria apenas dado uma carona, em seu veículo, ao réu Iran, da data dos fatos. Desnecessária, portanto, nova produção de provas.

E, não havendo prejuízo à parte, não há como se declarar a nulidade, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal." (fl. 180)

De início, impende observar que, consoante o disposto no art. 569, do Código de Processo Penal, as omissões da denúncia poderão ser supridas a todo tempo, desde que antes da sentença final.

Nesse contexto, o aditamento da denúncia é perfeitamente admissível na hipótese, desde que atendidas as exigências do art. 41, do Código de Processo Penal, garantindo o exercício da ampla defesa e do contraditório, como ocorreu no caso em apreço.

Ademais, conforme consignou o acórdão impugnado, o aditamento da exordial acusatória, para a correção da dinâmica dos fatos, teve como fundamento novas provas coligidas aos autos por ocasião da instrução criminal.

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

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO MINUCIOSA. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRONÚNCIA. QUALIFICADORA. FUNDAMENTAÇÃO. REQUISITOS LEGAIS DO ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

408 DO CPP. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VIA PRÓPRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O Código de Processo Penal, nos termos do art. 569, admite o aditamento à denúncia, inclusive em consagração ao devido processo legal, permitindo-se assim ao denunciado – ao conhecer exatamente quais fatos a eles estão sendo imputados e em qual tipo penal, em tese, há subsunção da conduta praticada – o exercício de forma ampla da sua defesa e do contraditório.

2. "Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu" (HC 52.949/SP).

3. Não há falar ofensa ao princípio da ampla defesa em face da inépcia da denúncia, quando devidamente atendidos os requisitos legais do art. 41 do CPP.

4. A pronúncia, como juízo de admissibilidade para submissão do réu a julgamento pelo Tribunal Popular, deve se ater, motivadamente, aos indícios de autoria e da materialidade do fato, sob pena de, contrariamente, incidir em indevida eloquência acusatória.

5. Os embargos de declaração são o meio próprio para sanar eventual vício existente no acórdão impugnado.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."(HC 93.865/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 22/03/2010; grifei)

"HABEAS CORPUS. PACIENTE INICIALMENTE PRONUNCIADO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2o., II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB). RENÚNCIA DE UM DOS PATRONOS. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO REMANESCENTE, PELA IMPRENSA OFICIAL, PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REFORMA OPERADA PELO TRIBUNAL: DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA E DETERMINAÇÃO DE ADITAMENTO DA DENÚNCIA: TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA (ART. 121, § 2o., II E IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB E ART. 10, CAPUT, DA LEI 9.437/97). POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA, QUE PODERÁ CONTRADITAR, EM TODOS OS SEUS TERMOS, A NOVA IMPUTAÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Quanto à alegada nulidade pela não intimação dos patronos de defesa, verifica-se, a partir dos documentos juntados aos autos, a intimação, pela Imprensa Oficial, de ambos os advogados constituídos pelo paciente, nada obstante somente um deles tenha renunciado ao mandato.

2. Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, nos termos do art. 569 do CPP, o aditamento da denúncia é perfeitamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admissível, desde que ocorra antes da sentença final e seja garantindo, efetivamente, o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo acusado.

3. No caso dos autos, o Tribunal a quo determinou a nulidade da decisão de pronúncia, o que permitirá à Defesa contraditar a nova imputação em todos os seus termos, inexistindo, dessa feita, qualquer prejuízo ao paciente; tampouco há falar em ilegalidade, por força de eventual não adoção de rito mais favorável, visto que perfeitamente cabível a providência determinada pela Corte Bandeirante.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada."(HC 95.766/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/02/2010; grifei.)

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO MAJORADO – ESTUPRO – NULIDADE DO ADITAMENTO À DENÚNCIA – PEÇA QUE ACRESCENTOU QUALIFICADORAS NÃO NARRADAS NA DENÚNCIA ANTERIORMENTE OFERECIDA – ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO – INOCORRÊNCIA – POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO DA PEÇA INAUGURAL A QUALQUER MOMENTO ANTES DA SENTENÇA – PRECEDENTES – [...].

1. ***É possível o aditamento da denúncia a qualquer tempo, desde que antes da prolação da sentença, a fim de sanar eventuais omissões. Precedentes. Inteligência do artigo 569 do Código de Processo Penal.***

2. ***Eventuais omissões na denúncia quanto a elementos acidentais do delito, como as qualificadoras, não configuram arquivamento implícito, o que pode ser sanado mediante aditamento.***

3. Novas provas são exigidas para o desarquivamento do inquérito policial apenas quando seu arquivamento houver sido determinado mediante decisão judicial, a pedido do representante do Parquet. Inteligência da Súmula 524/STF.

4. A realização de diligência já no curso da ação penal a pedido da acusação e que conte com a participação do acusado deve necessariamente preceder de intimação da defesa.

5. No processo penal, o acusado não pode ser encarado como um mero objeto da lide, mas sim como parte e, por conseguinte, como sujeito de direitos. [...].

20. Ordem parcialmente concedida, apenas para excluir dos autos a prova ilicitamente colhida."(HC 111.972/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJe de 02/02/2009; grifei.)

Assim, não se verifica a alegada nulidade.

Em seguida, aduz o Impetrante nova ofensa ao princípio da ampla defesa, tendo em vista, dessa vez, o indeferimento do pedido de oitiva de testemunha de defesa.

Todavia, compulsando o acórdão que julgou a apelação, bem assim o que denegou a ordem originária, verifica-se que a questão não foi deduzida ou examinada pela Corte *a quo*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo, portanto, vedada a sua análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

Outrossim, não merece ser conhecida a alegação segundo a qual o Paciente EDNEI seria inocente das acusações – ao argumento de que não teria sido reconhecido em nenhum momento, tendo um álibi em seu favor –, na medida que o seu exame demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

Alega, ainda, constrangimento ilegal, diante da fixação de regime prisional mais gravoso sem fundamentação idônea, bem como a incidência, quanto ao Paciente IRAN, da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

O juízo processante, referendado pelo Tribunal de origem, fixou as penas da seguinte forma:

"Após a análise dos antecedentes criminais, da conduta social e da personalidade dos réus, levando em conta as circunstâncias e consequências do delito, bem como o comportamento da vítima, atenta à culpabilidade e ao que seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime, não vislumbro a necessidade de fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Fixo-as, destarte, em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, em seu valor unitário mínimo.

Não há circunstância atenuante a ser sopesada, nem mesmo para o réu IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS, porque a confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se dá de forma completa, a fim de se prestigiar a sinceridade do infrator. Se, alterando a verdade processual, o co-réu confessa, visando a inocentar o comparsa, como se deu in casu, é incabível a concessão do benefício em questão.

A reprimenda será agravada, portanto, em 1/6 pela reincidência dos réus, IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS e EDNEI DOS SANTOS PRATES, perfazendo o montante de 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, no valor unitário mínimo.

A pena será aumentada, ainda, de 3/8, haja vista o delito ter sido perpetrado mediante emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, circunstâncias essas que tornam mais viáveis as chances de sucesso na empreita criminosa e dificultam a reação do ofendido, totalizando-se em 05 anos e 06 meses de reclusão e 13 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Ante o teor do disposto no artigo 33, § 2.º, do Código Penal, sendo os réus reincidentes, impõe-se o regime inicialmente fechado para cumprimento de suas penas de reclusão, independentemente do quantum fixado.

Ademais, o regime mais severo de prisão mostra-se necessário por se tratar de crime grave, eis que os agentes que insistem em praticá-lo estão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a demonstrar conduta social afrontosa ao clamor público, além de personalidade distorcidas." (fls. 132/133; grifos acrescidos - sentença.)

"Inaplicável, ao caso, a atenuante da confissão espontânea, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.

E, mesmo que não fosse esse o caso, a confissão foi apenas parcial, eis que o corréu Iran de Oliveira Seixas, apenas de confessar o delito, tentou inocentar seu comparsa." (fl. 189 - acórdão)

De fato, assiste razão o Impetrante no que se refere ao pleito de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, *d*, do Código Penal (confissão espontânea) quanto ao Paciente IRAN.

Com efeito, verifica-se o alegado constrangimento ilegal, pois o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que *"a atenuante do art. 65, inc. III, alínea d, do Código Penal tem caráter objetivo, configurando-se, tão somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos"* (REsp 711.026/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 09/08/2005).

O art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, modificado pela Lei n.º 7.209/84, não ressalva para configuração da atenuante que confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação. É, aliás, o que se infere da leitura do disposto no art. 65, inc. III, alínea *"d"*, do Código Penal, *in verbis*:

"Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;"

Como se observa, o referido dispositivo preceitua que a confissão espontânea sempre atenuará a pena, **possuindo caráter meramente objetivo**, porquanto a lei não limitou sua aplicação com a imposição de critérios subjetivos ou fáticos.

Portanto, diante das razões expostas, reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea para o Paciente IRAN.

Confira-se, nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 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 82337/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 04/04/2003 - sem grifos no original.)*

*"HABEAS CORPUS" - RÉU PRIMÁRIO - EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NA EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM CURSO CONTRA OUTRA PESSOA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA - PEDIDO DEFERIDO. - A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrario implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos reus ou dos indiciados (CF, art. 5., LVII). E inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento -, a ostentar o "status" jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído. - **A confissão espontânea da autoria do crime, pronunciada voluntariamente, ou não, pelo réu, perante a autoridade pública, atua como circunstância que sempre atenua a pena, "ex vi" do que dispõe o art. 65, III, "d", do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei 7.209/84.** Essa circunstância atenuante obrigatória não pode conduzir, no entanto, a redução da pena já fixada no mínimo legal." (HC 68641/DF, 1ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 05/06/92 - sem grifos no original.)*

No mesmo sentido, é a jurisprudência desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO. CONFISSÃO UTILIZADA NA SENTENÇA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1 - Utilizada pelo Magistrado na sentença condenatória a confissão realizada pela acusada como prova da ocorrência do delito e como elemento de formação da sua convicção, é de rigor, no cálculo da fixação da pena, o reconhecimento e a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, pouco importando se a confissão foi parcial ou integral, ou se houve a sua retratação em juízo. Precedentes.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 146.240/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Desembargador Convocado do TJ/CE, DJe de 01/02/2010.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. NÃO INTEGRALIDADE E RETRATAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIAS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. REDUÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP.

1. Tendo o paciente, acusado de tráfico de drogas, confessado perante a autoridade policial que o entorpecente lhe pertencia, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, merece reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, III, d, do CP, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo.

2. A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo, especialmente diante das particularidades do caso em questão, gerar compensação. Exegese do art. 67 do Código Penal. Precedentes da Quinta Turma.

3. Ordem concedida para reconhecer e aplicar a atenuante do art. 65, III, d, do CP, em favor do paciente, reduzindo-se a pena imposta, que resta definitiva em 6 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, mantidos, no mais a sentença e o acórdão objurgados." (HC 129.110/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 13/10/2009.)

Compulsando os termos da condenação, verifica-se que incide, na espécie, também, a agravante da reincidência em relação a ambos os Pacientes.

Ressalte-se que as atenuantes e agravantes devem ser analisadas em conjunto, na segunda fase da dosimetria da pena. Ao contrário do entendimento firmado pela Corte de origem, e pelo Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 246/260, o juízo sentenciante não pode desconsiderar a atenuante da confissão espontânea, sob o pretexto de que a pena-base foi fixada no mínimo legal e, em seguida, majorar a reprimenda com base na reincidência.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO, MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO, CONTRA VÍTIMAS DISTINTAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. CONSOMAÇÃO. POSSE DA RES FURTIVA, AINDA QUE NÃO SEJA MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As atenuantes e agravantes devem ser analisadas em conjunto, na segunda fase da dosimetria da pena. O juízo sentenciante não pode desconsiderar as atenuantes, da menoridade e da confissão espontânea, sob o pretexto de que a pena-base foi fixada no mínimo legal e, ao depois, majorar a reprimenda com base na reincidência. Precedentes.

2. In casu, o Paciente confessou o crime e no concurso de agravantes e atenuantes, a menoridade prepondera sobre a reincidência, motivo pelo qual a pena-base deve ser mantida no mínimo legal.

3. O pedido de reconhecimento da existência de um único crime não deve ser acolhido, uma vez que resta caracterizado o concurso formal quando praticado o crime de roubo, mediante uma só ação, contra vítimas distintas, pois atingidos patrimônios diversos. Precedentes.

4. "O crime de roubo se consuma com a simples posse do objeto roubado, ainda que por breve momento, sendo prescindível que a posse seja mansa e pacífica." (HC 137.062/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Dje de 21/06/2010.)

5. Ordem parcialmente concedida, para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, estabelecendo a pena definitiva do Paciente em 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa." (HC 148.017/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 27/09/2010; grifou-se.)

In casu, o Paciente IRAN, réu reincidente, confessou o crime e, consoante o entendimento firmado pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, é inviável a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, na medida em que, nos termos do art. 67, do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência é preponderante sobre a atenuante da confissão espontânea.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE.

I - A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal (Precedentes).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art.

33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, a condenação por um período superior a 04 (quatro) e não excedente a 08 (oito) anos e a existência de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida." (HC 139.922/RJ, 5.^a Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 08/03/2010.)

Sobre o tema, mencionam-se, também, julgados do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINICIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão-somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 4. Ordem denegada." (HC 102.486/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJ de 21/05/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. PREPONDERÂNCIA DA REINICIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada, e à preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes.

4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o artigo 67 do Código Penal é claro 'ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadram-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conveniência e estratégia para sua defesa'.

5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, HC 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ 04.08.95.

6. Habeas corpus *denegado*." (HC 99446/MS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 11/09/2009.)

Nesse contexto, reconhecida a atenuante da confissão espontânea em favor do Paciente IRAN, bem como a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante, aumento a pena-base em 1/6 e reduzo-a de 1/12 (metade de 1/6), na segunda fase.

Por outro, lado, verifico, outrossim, a presença de ilegalidade flagrante a ensejar a concessão da ordem de ofício, tendo em vista a fixação de percentual superior ao mínimo legal na terceira fase da aplicação da pena, em virtude de duas causas de aumento.

A simples presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em patamar acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constata a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

Na espécie, o juízo sentenciante, referendado pela Corte *a quo*, contrariou o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que a fração acima da mínima na terceira fase da dosimetria da pena deve ser fundamentada com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República).

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2.º ALÍNEA B, e § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível impor regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59, ambos do Código Penal.

3. Habeas corpus concedido para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC 102.447/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5.^a TURMA, DJ de 19/12/2008.)

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443/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."

Assim, diante da ausência de justificativa concreta acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve, portanto, ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3.

Desse modo, quanto ao Paciente EDNEI, fixada a pena-base no mínimo legal, em 04 anos de reclusão, e 10 dias-multa, considerando-se o aumento na segunda fase, de 1/6, em face da agravante da reincidência, bem como o aumento de 1/3, na terceira fase, em virtude das majorantes *sub examine*, restam as penas fixadas em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa, as quais tornam-se definitivas à míngua de outras circunstâncias modificativas.

Já quanto ao Paciente IRAN, fixada a pena-base no mínimo legal, em 04 anos de reclusão, e 10 dias-multa, considerando-se o aumento na segunda fase, de 1/6, em face da agravante da reincidência, e a redução de 1/12 pela confissão espontânea, bem como o aumento de 1/3, na terceira fase, em virtude das majorantes *sub examine*, restam as penas, definitivamente, fixadas em 05 anos, 08 meses e 13 dias de reclusão, e 13 dias-multa, ante a inexistência de outras variantes.

Nesse contexto, tem-se, pois, por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, não obstante a fixação **da pena-base no mínimo legal**, tendo em vista a reincidência dos Pacientes.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA DE VEÍCULO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o semi-aberto, foram devidamente justificadas pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Com efeito, a particularidade de se tratar de receptação de veículo, que pressupõe crime anterior grave, além de ter ficado comprovado que o paciente era o dono da oficina especializada em desmanche de veículos, fazendo dessa atividade o seu meio de vida, como bem acentuou o acórdão impugnado, torna especialmente grave a conduta, que, por isso, merece maior reprovação. Importante ressaltar que a elevação ocorreu de forma moderada e proporcional, apenas em 6 meses acima do mínimo previsto na norma penal de regência (3 anos).

3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem decidido esta Corte.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, quando não atendidos os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial." (HC 91.822/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 09/12/2008; grifos acrescidos.)

Ocorre que, compulsando o acórdão impugnado, transcrito, no que interessa, em linhas volvidas, constata-se a ocorrência de erro de cálculo no momento da fixação da pena. Isso porque, a soma correta seria 06 anos e 05 meses de reclusão e 15 dias-multa, e não 05 anos e 06 meses de reclusão e 13 dias-multa, como consta na sentença condenatória e no acórdão impugnado.

Não obstante o evidente erro material, em se tratando de *habeas corpus*, remédio constitucional destinado à defesa do direito de locomoção, nenhum efeito desfavorável ao réu pode dele decorrer, à luz, outrossim, do princípio da *ne reformatio in pejus*. Assim, deve ser mantido o *quantum* estabelecido pelo acórdão impetrado, porquanto mais favorável aos Pacientes, mesmo considerando a redução ao mínimo legal da fração relativa às majorantes.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE NA APREENSÃO. ART. 167 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA ERRONEAMENTE CALCULADA PELO TRIBUNAL A QUO. ERRO MATERIAL QUE FAVORECE O PACIENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Muito embora a apreensão da arma seja obrigação da polícia e sua posterior perícia imprescindível para a correta aplicação da majorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP (art. 158 do CPP), eventual impossibilidade da apreensão, com a consequente não realização da perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP.

2. Consoante reiterada jurisprudência do STJ, a presença de duas causas especiais de aumento de pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal. Destarte, Juízo sentenciante não fica adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento.

3. Constatado, no cálculo da pena, erro material que favorece o paciente, a modificação do julgado implicaria em inadmissível reformatio in pejus.

4. As circunstâncias avaliadas pelo juiz na fixação da pena-base devem ser consideradas também na fixação do regime de cumprimento da reprimenda, motivo porque inexistente constrangimento ilegal na aplicação de regime mais rigoroso, caso alguma das circunstâncias judiciais assim o recomende (art. 33, § 3º, do Código Penal).

5. Ordem denegada." (HC 142.046/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNADO ESTEVES LIMA, DJe de 07/12/2009.)

Por fim, passo à análise da tese de falta de fundamentação para a negativa do direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Consta dos autos que, em 13/02/2008, o MM. Juízo da 10.ª Vara Criminal da Capital/SP indeferiu o pedido de relaxamento de prisão em flagrante formulado em favor dos Pacientes.

Consta, ainda, que, irresignada, a Defesa impetrou o HC n.º 993.08.033013-1, objetivando a concessão de liberdade provisória aos Pacientes, aduzindo, em síntese, excesso de prazo para o início da instrução criminal e ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar.

Em 08/04/2008, foi deferida, pelo magistrado singular, a concessão da liberdade provisória ao Paciente EDNEI DOS SANTOS PRATES.

Em 31/07/2008, a 6.ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou prejudicada a impetração em relação ao Paciente EDNEI DOS SANTOS PRATES e, no mais, denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

"Habeas Corpus - Liberdade provisória - Pacientes denunciados por infração ao art. 157, § 2º, I, II e III, do CP - Concessão a um dos paciente de liberdade provisória - Perda de objeto - Pedido prejudicado - Inocorrência de excesso de prazo para formação da culpa - Desenvolvimento normal do processo - Juízo não deu causa à demora - Princípio da Razoabilidade - Presentes os requisitos do art. 312, CPP -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prova da materialidade e indícios de autoria - Uma das vítima que o reconheceu como sendo o autor do delito - Periculosidade do agente - Garantia da ordem pública - Inexistência de constrangimento ilegal - Impetração prejudicada em relação a um dos paciente e, no mais, ordem denegada." (fl. 169)

Em 26/08/2008, sobreveio sentença que condenou os Pacientes à pena de 06 anos e 05 meses de reclusão, em regime fechado, oportunidade em que foi facultado o direito de apelar em liberdade somente ao Paciente EDNEI DOS SANTOS PRATES, porque se encontrava solto, agraciado com a liberdade provisória.

Irresignadas as partes apelaram.

Em 27/08/2009, a 6.^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da apelação n.º 990.09.031058-8, negou provimento ao recurso defensivo, dando, contudo, provimento ao apelo ministerial, para condenar os réus ao pagamento das custas processuais, determinando, ainda, a expedição de mandado de prisão em desfavor de EDNEI DOS SANTOS PRATES. Eis a ementa:

"Nulidade - Aditamento da denúncia - Nova produção de provas - Desnecessidade - Réu que se defendeu da acusação- Ausência de prejuízo à defesa - Ari. 563 do CPP- Preliminar rejeitada.

Roubo qualificado pelo concurso de agências e emprego de arma de fogo- Autoria e materialidade delitiva demonstradas - Réu que subtraiu a res e seu comparsa lhe deu cobertura na fuga - Diversidade de condutas que não exclui a co-autoria.

Crime tentado - Inocorrência - O dinheiro roubado ficou em poder do indivíduo que dirigia a motocicleta utilizada para a fuga e que logrou êxito em não ser preso - Iter criminis percorrido.

Prova - Palavras da vítima e dos policiais - Credibilidade - Inexistência de motivos para acusar injustamente os réus.

Penas corretamente fixadas, tendo em vista a reincidência específica dos réus e a presença de duas qualificadoras.

Pena - Atenuante da confissão espontânea - Inaplicabilidade - Pena-base fixada no mínimo legal - Súmula 231 do STJ.

Regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que o crime de roubo inquieta a sociedade.

A Condenação do vencido nas custas processuais decorre do art. 804 do CPP - Lei Estadual n. 10.608/03 - Taxa Judiciária de 100 UFESPs - Pagamento Possibilidade ou não de pagamento a ser verificada na fase de execução de sentença.

Preliminar rejeitada, recurso da defesa não provido, provido o apelo ministerial." (fls. 177/178)

Contra esse acórdão foi interposto recursos extraordinário e especial, não admitidos na origem, sendo que somente EDNEI agravou da decisão, conforme informado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade impetrada (fls. 23/25).

Desse modo, transitando em julgado a condenação para o Paciente IRAN, sua custódia decorre, agora, de título definitivo, razão pela qual resta prejudicada, no que diz respeito a ele, a análise da aludida alegação.

Relativamente ao Paciente EDNEI, porém, uma vez constatada a interposição de recurso pendente de apreciação, não se verifica a prejudicialidade.

Consta dos autos que o ora Paciente EDNEI encontrava-se em liberdade, por força de decisão concessiva da liberdade provisória, o que foi mantido por ocasião da sentença condenatória, que lhe assegurou o direito de apelar em liberdade. Quando do julgamento da apelação, foi dado parcial provimento ao recurso ministerial, sendo determinada a imediata expedição de mandado de prisão em seu desfavor, sem qualquer fundamentação.

Como é cediço, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orientava-se segundo o entendimento de que a execução provisória do julgado somente seria possível após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, decidiu que a custódia cautelar mesmo após a sentença condenatória mantida em segundo grau e sem trânsito em julgado só pode ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, segundo entendimento do Plenário da Suprema Corte, não é compatível com o princípio constitucional da não-culpabilidade qualquer antecipação do cumprimento da pena, ainda que após o encerramento da instância ordinária, sem fundamento idôneo quanto à necessidade de prisão, que é de natureza cautelar.

Confirmam-se os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. RÉU QUE AGUARDOU, EM LIBERDADE, O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECRETO DE PRISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. No julgamento do HC 84.078, da relatoria do ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isto por entender que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não-culpabilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e do artigo 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não-culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF).

3. Na concreta situação dos autos, contra o paciente que aguardou em liberdade o julgamento da apelação interposta pela defesa foi expedido mandado de prisão sem nenhum fundamento idôneo.

4. Ordem concedida." (HC 93062, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe 12/03/2009.)

"HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

[...] Ordem concedida." (HC 94408, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 26/03/2009.)

Na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, trago à colação a jurisprudência mais recente desta Corte Superior de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO TÃO-SÓ PELO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DIREITO DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É pacífica a compreensão de que toda prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, somente pode ser decretada quando evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Nesse sentido, a Sexta Turma desta Corte já vinha proclamando que a circunstância dos recursos ditos extraordinários não possuem efeito suspensivo não autoriza, só por isso, a expedição do mandado de prisão após o esgotamento da instância ordinária, exigindo sempre que a custódia antecipada seja devidamente motivada.

3. Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento, afirmando que a execução de sentença condenatória, enquanto pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, contraria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ressalvada, contudo, a possibilidade de imposição da segregação cautelar em decisão fundamentada, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. (HC nº 84.078/MG, Relator o Ministro Eros Grau, Informativo nº 534).

4. Tendo o réu permanecido em liberdade durante todo o curso do processo, revela-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal local determina a expedição de mandado de prisão por ocasião do julgamento da apelação sem apontar qualquer justificativa para a imposição da medida extrema.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 105.084/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, DJe de 30/03/2009.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 17 DA LEI Nº 7.492/86. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, EM RAZÃO DA JUNTADA DE DOCUMENTOS, POR PARTE DO PARQUET, SEM QUE A DEFESA SOBRE ELES PUDESSE SE MANIFESTAR. INOCORRÊNCIA DA APONTADA NULIDADE, HAJA VISTA QUE O E. TRIBUNAL A QUO NÃO UTILIZOU, EM MOMENTO ALGUM, O MATERIAL PROBATÓRIO JUNTADO AOS AUTOS PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO IMPOSTA AO PACIENTE. EXECUÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO DE ACORDO COM RECENTE ENTENDIMENTO DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I - A juntada de documentos, em fase recursal, sem vista à parte contrária para manifestação, não acarreta prejuízo à defesa se os referidos documentos não foram utilizados pelo e. Tribunal a quo para a formação do convencimento da culpa, motivo pelo qual não é caso de decretação da nulidade (Precedentes desta Corte e do STF).

II - Além disso, quanto à alegação de que os documentos juntados poderiam, inclusive, ser utilizados em favor da própria defesa do paciente, verifica-se que na estreita via de cognição do habeas corpus se mostra inviável concluir, peremptoriamente, que tais documentos, se apreciados pelo e. Tribunal a quo poderiam resultar na manutenção da absolvição do paciente. A matéria demanda, impreterivelmente, o confronto de todo o conjunto probatório constante dos autos, não sendo suficiente, para se concluir em sentido diverso daquele acolhido pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento do recurso de apelação, a simples leitura, quer da decisão proferida em processo administrativo pelo Banco Central do Brasil, quer da r. sentença proferida em ação civil pública, Essa discussão poderá, quando muito, ser levantada e devidamente debatida em eventual revisão criminal, mas, frise-se, não em sede de habeas corpus cujo limitado campo de cognição já foi destacado.

III - Ressalvado o entendimento pessoal do relator, tendo em vista recente decisão proferida pelo Plenário do c. Supremo Tribunal Federal, "Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP" (Informativo nº 534/STF - HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau).

Habeas corpus parcialmente concedido para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação." (HC 103.429/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 23/03/2009.)

Desse modo, *in casu*, a expedição de mandado de prisão sem a devida fundamentação mostra-se inadmissível.

Forçoso é, pois, concluir pela impossibilidade de decretação da prisão cautelar do Paciente EDNEI, uma vez que a condenação não transitou em julgado e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal não foram preenchidos.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do writ e, nessa parte, CONCEDO, EM PARTE, a ordem para assegurar ao Paciente EDNEI DOS SANTOS PRATES o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, à míngua dos requisitos legais para a imposição de sua segregação cautelar, e para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em favor do Paciente IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS e, DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO, reduzir o aumento na terceira fase da aplicação da pena ao mínimo legal de 1/3 (um terço), mantendo, contudo, o *quantum* das penas estabelecido no acórdão impugnado, resultante de erro de cálculo, porquanto mais favorável aos Pacientes.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0092059-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 173.417 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15602007

50070851875

990090310588

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADELSON GONÇALVES SIQUEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EDNEI DOS SANTOS PRATES

PACIENTE : IRAN DE OLIVEIRA SEIXAS

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, conheceu parcialmente da ordem e, nessa parte parte, deferiu parcialmente o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.