



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 423.221 - SP (2017/0285296-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : PAULO SCHWARTZ DE SIMONE - SP0314405  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : M P

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ESTUPRO. DOSIMETRIA. *NOMEM IURIS* ATRIBUÍDO À CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. AUMENTO DESPROPORCIONAL NÃO CONFIGURADO. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. MANIFESTAÇÃO DO RÉU SOPESSADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Na apreciação da pena-base o julgador *ad quem* não está vinculado ao *nomen iuris* atribuído à circunstância judicial, bastando que ele não se afaste do contexto fático utilizado pelas instâncias ordinárias, sendo pois plenamente possível a valoração da circunstância, ainda que sob título diverso, devendo ser respeitada, porém, as regras do *ne bis in idem* e *ne reformatio in pejus*.

4. Considerando que a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, no caso dos autos, o fato de o paciente ter abordado a vítima dentro de sua própria casa, enquanto dormia, juntamente com sua filha de apenas 2 anos e 8 meses de idade permite, de fato, a majoração da pena-base de ambos os delitos a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

5. No tocante às circunstâncias do crime, o decreto condenatório demonstrou que



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo e estupro, pois o delito foi praticado na presença da filha da vítima de tenra idade, a qual, inclusive, foi constantemente usada para ameaçá-la.

6. Evidenciado que a vítima se viu obrigada a deixar o emprego em razão do trauma sofrido e que sua filha, por conta dos fatos, desenvolveu gagueira, resta justificada a exasperação da pena-base em razão das consequências do crime.

7. A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

8. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, conforme o entendimento consolidado na Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

9. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

10. Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser procedida à compensação parcial entre a confissão espontânea e a reincidência. *In casu*, tendo em vista que o paciente possui "diversas condenações por homicídio, roubos e furtos, tendo permanecido solto pouco mais de 13 dias até cometer novo delito", deve ser mantido o agravamento da pena em 1/4, o qual se mostra adequado e proporcional.

11. Em atenção ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, cumpre ressaltar que, com o advento da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do § 2º do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca, embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República.

12. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim compensar parcialmente a multirreincidência com a confissão espontânea, sem reflexos na pena do paciente, e afastar a causa de aumento de pena do roubo referente ao uso de arma, ante sua revogação, reduzindo a reprimenda do paciente quanto a este delito para 6 anos e 3 meses de reclusão, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 23 de junho de 2020 (data do julgamento)

**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 423.221 - SP (2017/0285296-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : PAULO SCHWARTZ DE SIMONE - SP0314405  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : M P

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **M. P.** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 17 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 20 dias-multa, pela prática dos delitos previstos no art. 213, *caput*, e art. 157, § 2º, I, c/c o art. 69, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 52-60).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, em aresto assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL Roubo majorado e estupro Condenação Recurso defensivo Penas-base corretamente majoradas Circunstâncias judiciais extremamente negativas Reincidência Aumento em ¼ - Folha de Antecedentes atestando reincidências Documento idôneo Confissão espontânea Preponderância da reincidência Art. 67, do CP Personalidade do agente extremamente perversa Não se concebe como uma simples confissão possa ser suficiente para qualificar a personalidade como positiva Recurso não provido" (e-STJ, fl. 92).

Neste *writ*, a impetrante alega que, "não se afigura proporcional a exasperação das penas mínimas em 1/4, como fez o juízo de primeira instância e manteve o Tribunal, sob os argumentos de que os crimes foram praticados na presença da filha da ofendida e que geraram mais consequências do que as ordinárias para ambas" e ressalta que "os crimes não foram praticados em circunstâncias mais gravosas do que o próprio tipo penal em abstrato já visa proteger" (e-STJ, fl. 6).

Aduz que a Corte Estadual justificou a manutenção do aumento da pena-base nos maus antecedentes do paciente, sem que o juízo sentenciante tenha mencionado tal circunstância, em recurso exclusivo da defesa, configurando indevida *reformatio in pejus*. Sustenta, inclusive, que as mesmas condenações teriam sido usadas na primeira e na segunda fase da dosimetria.

Assevera que deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a qual deve ser compensada integralmente com a reincidência, por serem ambas preponderantes.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de reduzir as penas-base impostas ao paciente ao mínimo legal e compensar integralmente a reincidência com a confissão espontânea, mantendo-se inalterada a reprimenda na segunda fase da dosimetria.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (e-STJ, fls. 103-110).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 423.221 - SP (2017/0285296-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : PAULO SCHWARTZ DE SIMONE - SP0314405  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : M P

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ESTUPRO. DOSIMETRIA. *NOMEM IURIS* ATRIBUÍDO À CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. AUMENTO DESPROPORCIONAL NÃO CONFIGURADO. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. MANIFESTAÇÃO DO RÉU SOPESADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Na apreciação da pena-base o julgador *ad quem* não está vinculado ao *nomen iuris* atribuído à circunstância judicial, bastando que ele não se afaste do contexto fático utilizado pelas instâncias ordinárias, sendo pois plenamente possível a valoração da circunstância, ainda que sob título diverso, devendo ser respeitada, porém, as regras do *ne bis in idem* e *ne reformatio in pejus*.

4. Considerando que a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, no caso dos autos, o fato de o paciente ter abordado a vítima dentro de sua própria casa, enquanto dormia, juntamente com sua filha de apenas 2 anos e 8 meses de idade permite, de fato, a majoração da pena-base de ambos os delitos a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

5. No tocante às circunstâncias do crime, o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes de roubo e estupro, pois o delito foi praticado na presença da filha da vítima de tenra idade, a qual, inclusive, foi constantemente usada para ameaçá-la.

6. Evidenciado que a vítima se viu obrigada a deixar o emprego em razão do trauma sofrido e que sua filha, por conta dos fatos, desenvolveu gagueira, resta justificada a exasperação da pena-base em razão das consequências do crime.

7. A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

8. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, conforme o entendimento consolidado na Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

9. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

10. Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser procedida à compensação parcial entre a confissão espontânea e a reincidência. *In casu*, tendo em vista que o paciente possui "diversas condenações por homicídio, roubos e furtos, tendo permanecido solto pouco mais de 13 dias até cometer novo delito", deve ser mantido o agravamento da pena em 1/4, o qual se mostra adequado e proporcional.

11. Em atenção ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, cumpre ressaltar que, com o advento da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do § 2º do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca, embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República.

12. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim compensar parcialmente a multirreincidência com a confissão espontânea, sem reflexos na pena do paciente, e afastar a causa de aumento de pena do roubo referente ao uso de arma, ante sua revogação, reduzindo a reprimenda do paciente quanto a este delito para 6 anos e 3 meses de reclusão, mantido, no mais, o acórdão impugnado.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] 3- Passo à dosagem das penas. Na primeira fase, considerando os critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, aplico as penas acima do mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa pelo roubo e 07 anos e 06 meses pelo estupro. Considero na eleição deste montante, as circunstâncias do delito, em especial, pelo fato de ter abordado a vítima dentro de sua residência, na frente de sua filha impúbere, o que certamente o faz merecedor de maior rigor punitivo, em homenagem à proporcionalidade das penas. Outrossim, destaco as graves consequências do delito para a vítima, que foi obrigada a deixar o emprego, em face ao trauma sofrido, gerando-se trauma também à sua filha que, por conta do ocorrido, desenvolveu gagueira. Por fim, há que se considerar a personalidade perversa do réu, que usava a filha da vítima para ameaçá-la, perguntando se a ofendida a amava, tendo a estupro na frente da menor. Na segunda fase agravo suas penas em  $\frac{1}{4}$ , considerando sua reincidência operada ante à unificação de diversas condenações por homicídio, roubos e furtos, tendo permanecido solto pouco mais de 13 dias até cometer novo delito. Assim, as penas chegam ao montante de 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa pelo roubo e 09 anos, 04 meses e 15 dias pelo estupro. A confissão foi parcial, pois não incluiu o uso de faca, e não poderá ser usada como atenuante. Por fim, as penas do roubo são majoradas em  $\frac{1}{3}$  ante o emprego de arma, chegando-se ao montante final de 08 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 20 dias-multa. Evidente o concurso material entre roubo e estupro, porquanto praticados mediante mais de uma ação, as penas finais são estabelecidas em 17 anos, 08 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 20 dias-multa. O regime inicial será o fechado, não somente pela hediondez de que se reveste a conduta, na forma do artigo 1º, V, da Lei 8072/90, mas também pelo montante aplicado, reincidência do réu e circunstâncias já eleitas na pena base"(e-STJ, fls. 59-60).

"[...] As penas-base por infração aos arts. 157, § 2º, I e 213, "caput", ambos do CP, foram majoradas em  $\frac{1}{4}$  (um quarto). Não se vislumbra nenhuma desproporcionalidade, porquanto a magistrada fundamentou com esmero a necessidade de maior reprovação:  
(...)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A rigor,  $\frac{1}{4}$  (um quarto) se mostrou inclusive benéfico, porquanto sua personalidade vil, as circunstâncias do crime, bem como as consequências para a vítima e sua filha foram demasiadamente negativas, nos termos do art. 59, “caput”, do CP. Isso sem mencionar maus antecedentes atestados na Folha de Antecedentes às fls. 54/71.

Na segunda fase da dosimetria, também não se vislumbra nenhum equívoco. Apesar de juntada somente a certidão de objeto e pé de fl. 99, há a Folha de Antecedentes do apelante às fls. 54/71, dando conta de condenações por furtos, roubos, homicídios, documento público idôneo para atestar condenações.

Também não há como se atenuar a pena pela confissão espontânea. Ainda que fosse o caso de acolhê-la, prevaleceria a reincidência, nos termos do art. 67, do CP.

Conforme supramencionado, a personalidade do apelante é extremamente vil, de modo que não se concebe como uma mera confissão fosse suficiente para qualifica-la como positiva a ponto de compensar a reincidência.

Nenhuma modificação, pois, faz-se à sentença" (**e-STJ, fls. 93-96**).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

*In casu*, verifica-se que a pena-base foi exasperada em razão de terem sido reconhecidas três circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, na apreciação da pena-base o julgador *ad quem* não está vinculado ao *nomem iuris* atribuído à circunstância judicial, bastando que ele não se afaste do contexto fático utilizado pelas instâncias ordinárias, sendo pois plenamente possível a valoração da circunstância, ainda que sob título diverso, devendo ser respeitada, porém, as regras do *ne bis in idem* e *ne reformatio in pejus*.

Neste contexto, considerando que a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, no caso dos autos, o fato de o paciente ter abordado a vítima dentro de sua própria casa, enquanto dormia, juntamente com sua filha de apenas 2 anos e 8 meses de idade permite, de fato, a majoração da pena-base de ambos os delitos a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

No tocante às circunstâncias do crime, o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo e estupro, pois o delito foi praticado na presença da filha da vítima de tenra idade, a qual, inclusive, foi constantemente usada para ameaçá-la.

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, considerando que a vítima se viu obrigada a deixar o emprego em razão do trauma sofrido, e que sua filha, por conta dos fatos, desenvolveu gagueira, resta justificada a exasperação da pena-base.

Também não há que se falar em desproporcionalidade na majoração realizada, pois, considerando o aumento ideal de  $\frac{1}{8}$  por cada circunstância judicial negativamente valorada,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos para o delito de roubo e 4 anos para o estupro, chega-se ao incremento, respectivo, de cerca de 9 meses e 6 meses por cada vetorial desabonadora. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias inferiores mostrou-se benevolente com o réu, ao fixá-la em 5 anos de reclusão para o delito de roubo, bem como adequada no tocante ao estupro. Por conseguinte, não se cogita constrangimento ilegal em desfavor do réu na primeira fase da dosimetria.

Do mesmo modo, a Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória. Na hipótese, apesar de a Corte Estadual ter feito referência aos maus antecedentes do réu, em nada alterou sua pena.

Quanto à segunda fase do procedimento dosimétrico, conforme se infere dos trechos acima transcritos, verifica-se que a Corte Estadual olvidou-se de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea ao réu, apesar de tê-la utilizado para fundamentar a condenação, restando evidenciada, pois, a ocorrência de flagrante ilegalidade sanável na via do *writ*.

Com efeito, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

**1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.**

2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. "A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora" (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).

5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

**2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.**

*Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC 393.104/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se).

Quanto ao pedido de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/13, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

No caso em testilha, o acórdão impugnado noticia a existência de vários títulos condenatórios transitados em julgado quando da prática delitiva, sendo que nenhum deles foi utilizado na primeira fase do procedimento dosimétrico, o que denota a multirreincidência, impossibilitando a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

A fim de corroborar o referido entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES CONSUMADO E FURTO SIMPLES TENTADO. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES. MESMO FUNDAMENTO PARA EMBASAR AS DUAS



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

3. No caso, o mesmo fundamento - condenações anteriores - foi utilizado para valorar negativamente os maus antecedentes e a conduta social, o que configura constrangimento ilegal. Dessa forma, necessário afastar a valoração negativa referente à conduta social.

**4. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal" REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013).**

**5. Na espécie, trata-se de réu multirreincidente, razão pela qual admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.**

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 404.110/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. **CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL.** DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

**2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.**

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. "A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora" (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).

5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se).

Nesse contexto, impõe-se o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Porém, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser procedida à compensação parcial entre a confissão espontânea e a reincidência. *In casu*, tendo em vista que o paciente possui "diversas condenações por homicídio, roubos e furtos, tendo permanecido solto pouco mais de 13 dias até cometer novo delito" (e-STJ, fl. 59), deve ser mantido o agravamento da pena em 1/4, o qual se mostra adequado e proporcional.

No que concerne à terceira fase da dosimetria, em atenção ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, cumpre ressaltar que, com o advento da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca, embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República.

Assim, fica o paciente condenado pelo delito descrito no art. 157, *caput*, do Código Penal e, evidenciada flagrante ilegalidade na dosimetria da pena em relação ao delito de roubo, deve-se proceder a novo cálculo.

Mantidas como desfavoráveis a culpabilidade do agente, as circunstâncias e consequências do crime e mantida a majoração realizada pelas instâncias ordinárias, fica a pena-base fixada em 5 anos de reclusão. Na segunda fase, reconhecida a multirreincidência, bem como a atenuante da confissão espontânea, e realizada a compensação parcial entre elas, mantendo-se o aumento de 1/4, resta a reprimenda fixada em 6 anos e 3 meses de reclusão. Na terceira fase, revogada a causa de aumento de pena referente ao emprego de arma, fica a reprimenda definida em 6 anos e 3 meses de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, a fim compensar parcialmente a multirreincidência com a confissão espontânea, sem reflexos na pena do paciente, e afastar a causa de aumento de pena do roubo referente ao uso de arma, ante sua revogação, reduzindo a reprimenda do paciente quanto a este delito para 6 anos e 3 meses de reclusão, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0285296-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 423.221 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00109984320158260635 109984320158260635 20170000374474

EM MESA

JULGADO: 23/06/2020  
SEGREDO DE JUSTIÇA

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : PAULO SCHWARTZ DE SIMONE - SP0314405  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : M P

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

#### **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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.