



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.046 - SP (2016/0219072-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LORIVAL ALVES BASTOS FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. SÚMULA 545/STJ. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO MAJORANTES. SÚMULA 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - A confissão do paciente foi utilizada para lastrear a condenação, **ainda que de forma parcial**, razão pela qual deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

IV - As instâncias ordinárias fixaram a fração de 3/8 (três oitavos) em virtude da incidência de **duas** causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido mediante emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Ou seja, foi considerado somente o critério numérico, sem que houvesse a devida fundamentação concreta, contrariando o entendimento pacífico deste Tribunal Superior.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena imposta ao paciente para **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

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 conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.046 - SP (2016/0219072-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LORIVAL ALVES BASTOS FILHO contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0068462-34.2015.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos, 8 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, **caput**, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"Roubo. Artigo 157, §2º, I e II, CP. Absolvição por insuficiência de provas. Incabível - Conjunto probatório robusto para lastrear o decreto condenatório. Majorantes bem reconhecidas. Pena e regime mantidos. Recurso improvido" (fl. 23).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena, pois seria inidônea a fundamentação utilizada para exasperar a pena-base.

Sustenta que o paciente teria figurado como réu apenas uma vez júzo, processo que foi utilizado para a configuração da reincidência, razão pela qual não poderia ser utilizado para desabonar a personalidade e concluir que o paciente faria do crime o seu meio de vida. Além disso, aduz que as circunstâncias do delito são normais à espécie, e que o número de agentes já foi considerado para exasperar a pena na terceira fase da dosimetria.

A Defensoria Pública alega ainda que o paciente faria **jus** ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência.

Ademais, sustenta que o aumento de 3/8 (três) oitavos na terceira fase da dosimetria teria se baseado somente no número de majorantes, violando o princípio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional da individualização da pena.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que a pena-base seja reduzida ao mínimo legal, bem como para que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e fixado o aumento de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria.

Sem pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 48-63.

A d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 67-80, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.046 - SP (2016/0219072-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. SÚMULA 545/STJ. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO MAJORANTES. SÚMULA 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - A confissão do paciente foi utilizada para lastrear a condenação, **ainda que de forma parcial**, razão pela qual deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

IV - As instâncias ordinárias fixaram a fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3/8 (três oitavos) em virtude da incidência de **duas** causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido mediante emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Ou seja, foi considerado somente o critério numérico, sem que houvesse a devida fundamentação concreta, contrariando o entendimento pacífico deste Tribunal Superior.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

O d. Juiz de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando como desfavorável a personalidade do paciente. Além disso, reconheceu a atenuante da confissão, mas deixou de compensá-la com a reincidência considerando que esta seria preponderante. Na terceira fase, aumentou a pena na fração de 3/8 (três oitavos) com base na existência de duas majorantes (emprego de arma de fogo e concurso de agentes). Destaco os seguintes trechos da r. sentença condenatória:

"[...] IV. Demonstrada a procedência das imputações contra o acusado, não existindo justificativas para o seu ato, passo a dosimetria das penas a serem aplicadas. Observando-se os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, o fato do acusado já tinha outro processo e condenação, com benefícios, por crime contra o patrimônio quando praticou este crime (fl 80 e 81), sem que o réu tenha modificado os seus valores e ainda demonstrando continuar no mundo do crime como um estilo de vida, o que demonstra a periculosidade do acusado e um grau de reprovação social diferenciado, fixam-se as penas básicas 1/6 acima do mínimo legal, as quais passam a ser 4 anos e 8 oito meses de reclusão e 11 (onze) dias multa para cada um dos crimes de roubo. Na segunda fase, considerando o fato de que o réu é reincidente (fls. 80 e 81), o que é preponderante sobre qualquer atenuante, mormente no presente caso onde se nota que o crime já se tornou uma profissão para o réu, motivo pelo qual as penas são aumentadas em 1/6, as quais passam a ser de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 12 (doze) dias multa. Anota-se que o artigo 67 do Código Penal fala em circunstância preponderante e não em concorrência de circunstâncias. Na terceira fase, considerando a existência de duas causas de aumento de pena, de um total de cinco, aumentam-se as penas em 3/8, as quais passam a ser de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias multa, para cada um dos crimes. Os crimes foram praticados em concurso formal, sendo as penas as mesmas, motivo pelo qual aplico uma delas aumentada em apenas 1/6 por serem apenas dois crimes, passando a sanção ser de 8 (oito) anos, 8 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e 18 (dezoito) dias multa, a qual torno definitiva. Fixam-se, cada dia multa, no valor mínimo unitário legal diante da ausência de informações seguras sobre a situação econômica do acusado. O acusado possui periculosidade e é reincidente (fl. 80 e 81), sendo certo que não mudou a sua vida, motivo pelo qual iniciará o cumprimento da pena no regime fechado o único adequado para punir e prevenir no presente caso" (fls. 38-39).

O Tribunal de origem manteve o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto) considerando como desfavoráveis a personalidade e as circunstâncias do delito. Ademais, deixou de reconhecer a confissão, aduzindo que o paciente teria admitido apenas a subtração do bem, negando o emprego de arma de fogo. Na terceira fase, manteve a exasperação de 3/8 (três) oitavos com base no número de majorantes. Destaco os seguintes trechos do voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condutor do v. acórdão impugnado:

"Ao passo que o próprio réu admitiu sua participação na subtração, porém alegou que não estava armado.

[...]

Com relação a fixação da pena, agiu corretamente o M.M. juízo a quo, posto que a mesma foi fixada dentro dos limites legais, e se encontra devidamente motivada, individualizada e adequada à hipótese dos autos, não se cogitando de redução. Tendo a pena base aplicada ao réu sido corretamente estabelecida acima de seu patamar mínimo legal, posto que o mesmo apresenta verdadeira personalidade voltada para a prática de delitos, e faz do crime seu modo de vida. Ademais, as vítimas foram abordadas subitamente durante um programa de família, estando em companhia das filhas adolescentes, sendo todos subjugados por quatro indivíduos armados, transformando um agradável passeio em família em uma tenebrosa memória. Sendo inviável que a sanção permanecesse em seu patamar mínimo, não podendo ser tais circunstâncias ignoradas ou afastadas.

Ainda, é impraticável a aplicação da atenuante pela confissão, conforme requerida, posto que esta foi feita apenas em último momento, e de forma parcial, com o intuito de minimizar sua responsabilidade criminal, e não por arrependimento, ou com o escopo de auxiliar na resolução da ação criminal.

Ora, a lei, ao considerar a confissão espontânea como circunstância atenuante da pena, está premiando o agente pela sua sinceridade e por ele ter contribuído com a Justiça. No caso em exame, o réu após manter-se em silêncio na fase administrativa, assumiu a subtração dos pertences das vítimas perante o juízo, alegando, contudo que não teria se valido de arma de fogo. Dessa forma, no caso em exame, o réu faltou com a verdade, buscando amenizar suas ações, e assim, não agiu com lealdade processual. Ora, a atenuante da confissão repousa exatamente nessa lealdade. Como adverte o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, não basta “a simples confissão para que se configure a atenuante; exige a lei que ela seja espontânea, de iniciativa do autor do crime, e que seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento” (“Código Penal Interpretado”, 2001, Ed. Atlas, p. 420).

Para em seguida ser acrescida em 1/6, ante a presença da circunstância agravante previstas no artigo 61, inciso I, do Código Penal, qual seja, a reincidência do réu, a qual restou devidamente comprovada através da certidão de fl. 80/81.

Ademais, não se pode falar em duplicidade, pois não se está diante da utilização de um mesmo fato em diversas fases do cálculo de pena, mas sim de fatos diversos, com pesos individuais. Vez que o que é vedado pela legislação pátria é a utilização de um mesmo fato em diversas fases do cálculo de pena.

Na sequência, fica mantido o aumento de 3/8 da pena de ambos os corréus ante a presença das circunstâncias majorantes, previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, qual seja o fato dos delitos terem sido cometidos em concurso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agentes, e a grave ameaça ser exercida mediante arma.

Circunstâncias que restaram comprovadas de forma cabal pelos depoimentos trazidos aos autos, em especial pela própria confissão de ambos os recorrentes quando ao uso de arma na prática dos crimes, e a palavra das vítimas.

[...]

Ressaltando-se que não é imprescindível para o reconhecimento da majorante do inciso I, que a arma seja apreendida, e a realização de perícia que comprove sua potencialidade lesiva. A falta destas circunstâncias não impedem o reconhecimento da referida causa de aumento, já que comprovada de forma cabal pelos depoimentos trazidos aos autos, em especial pela palavra das vítimas, sendo ambas uníssonas ao afirmarem que os réus estavam armados.

[...]

Diante disso, persistem as causas de aumento de pena do concurso de agentes e de uso de arma para emprego de grave ameaça, como bem observado na r. sentença recorrida.

Ademais quanto a aplicação das causas de aumento de pena a jurisprudência é pacífica ao reconhecer que quanto mais destas se fizerem presentes, maior deverá ser o volume da pena. Assim, deve ser mantido o acréscimo proporcional de 3/8 fixado pelo juízo a quo no delito praticado" (fls. 29-34).

Nota-se que as instâncias ordinárias valoram negativamente a personalidade do paciente tendo em vista que ele já teria respondido a outro processo por crime contra o patrimônio, demonstrando que faria do crime o seu meio de vida. Ocorre que, a meu ver, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tal elemento, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base.

Ademais, o processo utilizado para desabonar a personalidade do paciente foi o mesmo mencionado para caracterizar a reincidência, o que caracteriza **bis in idem**, razão pela qual deve ser afastada a valoração negativa da personalidade.

Contudo, deve ser mantido o aumento de 1/6 (um sexto) na pena-base, pois remanesce a valoração negativa das circunstâncias do crime, que extrapolam os elementos do tipo penal, denotando maior reprovabilidade da conduta.

Segundo consignado pelo Tribunal de origem, o delito foi praticado por quatro indivíduos contra uma família, na presença de duas adolescentes, tendo sido subtraído, dentre outros bens, o veículo da família, restando devidamente motivado o aumento da pena-base na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de 1/6 (um sexto), em razão da gravidade concreta da conduta.

Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ATENUANTE DA MENORIDADE. REDUÇÃO DA PENA EM FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a gravidade concreta da conduta pode ser considerada na primeira fase da dosimetria para elevar a pena-base acima do mínimo, realizando o julgador, assim, a necessária dosimetria e individualização da pena.

No caso, a pena-base foi exasperada em razão da consideração negativa das circunstâncias do delito, cometido em concurso de diversos agentes, inclusive menores, contra uma mulher grávida, para subtrair veículo no qual se encontrava, ainda, uma criança, filho da vítima. Precedentes.

- A redução da pena-base em patamar inferior a 1/6, fração comumente usada para o caso, em razão da incidência da atenuante de menoridade, deve ser devidamente fundamentada e proporcional ao quantum de aumento da pena, o que, no caso, não foi feito.

- Uma vez estipulada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto presente circunstância judicial desfavorável, o que resultou em pena definitiva superior a quatro anos, não há constrangimento ilegal na fixação de regime inicial fechado.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, e 18 dias-multa" (HC n. 356.632/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2016).

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME. PENA IGUAL A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Legítima a consideração desfavorável das circunstâncias do crime, pois o delito foi cometido com emprego de violência contra vítima (tapa no rosto), que, muito embora não seja considerada infante, é menor de 18 anos e estava acompanhada de criança de 8 anos.

2. O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, deverá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena" (HC n. 339.654/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 2/3/2016).

Quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão, razão assiste à impetrante.

O Tribunal de origem afastou a incidência da atenuante da confissão ao argumento de que o paciente teria admitido apenas parcialmente o roubo, negando o emprego da arma de fogo.

Verifica-se do v. acórdão combatido que a confissão do paciente foi utilizada para lastrear a condenação, ainda que de forma parcial, razão pela qual deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da mencionada atenuante independe se a confissão foi integral ou parcial, desde que utilizada para fundamentar a condenação. Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 269 DO STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial, ou que tenha havido posterior retratação.

2. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, 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 art. 67 do Código Penal.

[...]

4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a confissão espontânea e proceder à compensação entre essa atenuante e a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 4 anos de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 10 dias-multa" (HC n. 310.019/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2015 - **grifei**).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS DO CONCURSO DE AGENTES E DE USO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO DA PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONCURSO FORMAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO - QUANTIDADE DE INFRAÇÕES.

[...]

2. **Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação, como no caso.**

3. No julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a Terceira Seção deste Tribunal firmou orientação de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência" (REsp n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantidos os demais termos da condenação, reduzir a pena imposta ao paciente" (HC n. 291.237/SP, **Quinta turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 2/2/2015 - **grifei**).

Esse entendimento, inclusive, foi recentemente sumulado, consoante dispõe o enunciado n. 545/STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal."

Portanto, tendo sido a confissão, ainda que parcial, utilizada para formar a convicção do julgador, deve ela ser considerada como circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena, estando o v. acórdão combatido em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior sobre o tema.

Uma vez reconhecida a atenuante, deve ela ser compensada integralmente com a agravante da reincidência no presente caso, pois o paciente possuía apenas uma condenação anterior com trânsito em julgado.

Isso porque a col. **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, firmou entendimento no sentido de que *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência"*, nos termos do v. acórdão que restou assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido" (REsp n. 1.341.370/MT, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013).

A jurisprudência desta Corte Superior continua nesse mesmo sentido, conforme se nota dos seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTS. 12 E 14 DA LEI N. 6.368/76. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PENAS DO DELITO DE TRÁFICO REDUZIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que 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 art. 67 do Código Penal.

- Caso em que, reconhecidas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, a compensação entre ambas é de rigor.

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para promover a compensação entre a reincidência e a confissão, reduzindo as penas do paciente, em relação ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, para 3 anos e 9 meses de reclusão e 70 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 312.912/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 20/10/2016).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. RESP N. 1.341.370/MT. SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. CONFISSÃO PARCIAL. MINORANTE. APLICAÇÃO. MULTIRREINCIDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, na julgamento do REsp n. 1.341.370/MT, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, é admissível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

3. Registrando o acusado duas sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado, uma valorada na primeira fase da dosimetria da pena, como maus antecedentes, e outra na segunda fase, como reincidência, não há óbice à integral compensação.

*4. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.576.824/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 30/09/2016).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, razão também assiste à impetrante no que tange ao pedido de redução da fração de aumento para 1/3 (um terço) na terceira fase.

Nota-se que as instâncias ordinárias fixaram a fração de 3/8 (três oitavos) em virtude da incidência de **duas** causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido mediante emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Ou seja, foi considerado somente o critério numérico, sem que houvesse a devida fundamentação concreta, contrariando o entendimento pacífico deste Tribunal Superior.

Acerca do tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HC. ROUBO MAJORADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. A sentença aplicou fração superior a 1/3 (um terço) para majorar a pena apenas em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que contraria o disposto na Súmula n. 443 desta Corte: '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.'

3. Tendo o Colegiado de origem dado provimento ao apelo do Parquet para estabelecer pena-base acima do mínimo legal, por ter considerado desfavorável circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal na fixação de regime mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta, não havendo se falar em violação das Súmulas/STF 718 e 718, bem como da Súmula/STJ 440.

*4. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar as penas impostas, fixando em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa as reprimendas referentes ao réu Vinicius, e em 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias e pagamento de 38 (trinta e oito) dias-multa as sanções do acusado Rodrigo" (HC n. 331.722/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 18/5/2016).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. 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. Súmula n. 443 do STJ.

6. As instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto" (HC n. 228.310/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 11/3/2016).

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado, consoante o disposto no enunciado n. **443** da Súmula/STJ, segundo o qual "*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.*"

Dessarte, **in casu**, deve ser aplicado o aumento na terceira fase da dosimetria em seu patamar mínimo, qual seja, 1/3 (um terço).

Passo à dosimetria da pena:

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, que permanece na segunda fase, ante o reconhecimento da confissão espontânea



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e sua compensação integral com a agravante da reincidência.

Na terceira fase, reduzo a fração de aumento para 1/3 (um terço), fixando a pena em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Por fim, mantenho o aumento de 1/6 (um sexto), em razão do concurso formal de crimes, restando a pena definitivamente fixada em **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação, dentre eles o regime inicial fechado, tendo em vista a reincidência do paciente.

Ante o exposto, **não conheço do writ.**

Entretanto, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena imposta ao paciente para **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0219072-0

HC 368.046 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0068462342015 00684623420158260050 13312015 20160000442658
684623420158260050

EM MESA

JULGADO: 16/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO - SP271555
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LORIVAL ALVES BASTOS FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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