



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.930 - SP (2014/0036514-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARINA NEVES DE CAMPOS MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA
PACIENTE : ZENILDA GOMES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE READEQUAÇÃO DA PENA. AUMENTO DA REPRIMENDA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Consoante recente alteração jurisprudencial desta Corte, a confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. *In casu*, o Paciente EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA confessou a prática do crime de roubo e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (intoxicação decorrente do uso de drogas), impõe-se a aplicação da atenuante.

4. Os Pacientes sofrem constrangimento ilegal, consistente no aumento de 3/8 (três oitavos) na terceira fase de majoração da pena, unicamente fixado no número de majorantes do delito de roubo agravado. Evidente afronta à Súmula n.º 443 desta Corte Superior. Precedentes.

5. Inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea *b*, e § 3.º do Código Penal.

6. Tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, nos termos da Súmula n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para redimensionar a pena dos Pacientes, e restabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, nos termos explicitados no voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.930 - SP (2014/0036514-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARINA NEVES DE CAMPOS MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA
PACIENTE : ZENILDA GOMES DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA e ZENILDA GOMES DA SILVA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n.º 0079083-95.2012.8.26.0050, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). INCONFORMISMO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PENA BEM FUNDAMENTADA. TESES SUBSIDIÁRIAS AFASTADAS. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL EM BUSCA DO REGIME INICIAL FECHADO - NECESSIDADE. RECURSOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS, APELO MINISTERIAL PROVIDO." (Fl. 36)

Narram os autos que os Pacientes foram condenados às penas de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c. o art. 61, *caput*, inciso II, alínea "c", ambos do Código Penal.

Interposta apelação pelo Ministério Público Estadual e pela Defesa, o Tribunal de origem desproveu o apelo defensivo e deu provimento ao recurso Ministerial, para estabelecer o regime inicial fechado para cumprimento das penas privativas de liberdade.

No presente *writ*, sustenta-se que, sendo as circunstâncias judiciais favoráveis aos Pacientes, o regime inicial semiaberto, fixado pelo Juízo de primeiro grau, seria o adequado, tendo o acórdão impugnado alterado o regime de cumprimento de pena com base na gravidade em abstrato do delito.

Alega-se, ainda, que a elevação da pena na terceira fase da dosimetria é excessiva, pois fundou-se apenas no número de causas de aumento. Aduz-se, por fim, que o Paciente Eduardo Santos de Almeida teria confessado parcialmente o delito, razão pela qual teria direito à atenuante da confissão.

Requer-se, liminarmente, sejam suspensos os efeitos do acórdão, determinando-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especificamente, a manutenção da Paciente ZENILDA GOMES DA SILVA, em regime inicial aberto, pois já obteve progressão. No mérito, pugna-se pela cassação do acórdão, fixação de regime semiaberto, redução das penas em razão do reconhecimento da confissão do Paciente Eduardo Santos de Almeida e fixação da fração de 1/3 na terceira fase da dosimetria.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 51/52.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 60/80, com a juntada de documentos pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 84/88, opinando pela concessão parcial do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.930 - SP (2014/0036514-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE READEQUAÇÃO DA PENA. AUMENTO DA REPRIMENDA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Consoante recente alteração jurisprudencial desta Corte, a confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. *In casu*, o Paciente EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA confessou a prática do crime de roubo e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (intoxicação decorrente do uso de drogas), impõe-se a aplicação da atenuante.

4. Os Pacientes sofrem constrangimento ilegal, consistente no aumento de 3/8 (três oitavos) na terceira fase de majoração da pena, unicamente fixado no número de majorantes do delito de roubo agravado. Evidente afronta à Súmula n.º 443 desta Corte Superior. Precedentes.

5. Inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal.

6. Tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, nos termos da Súmula n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para redimensionar a pena dos Pacientes, e restabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, nos termos explicitados no voto.

VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto **desta** impetração, **não conheceu** da ação de “habeas corpus” lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Ao condenar os Pacientes pelo delito de roubo, o magistrado sentenciante teceu as seguintes considerações:

"[...]

Fixo a pena inicial em 04 anos de reclusão, pois os réus são primários. Fixada no piso, inoperante resta qualquer medida atenuante Súmula 231 do C. STJ. Dada a dissimulação, aumento as penas em 1/6, atingindo, então, 4 anos, 8 meses, e 11 dias-multa para pagar. Por fim, dado o emprego de arma branca, violência física e a comparsaria, aumento a reprimenda em mais 3/8, atingindo assim 6 anos e 5 meses de reclusão, e 15 dias-multa para pagar, mínimos. O regime inicial de cumprimento, em observância ao conteúdo das Súmulas 718 e 719 do C. STF, bem como aquela de n. 440, esta do C. STJ, será aquele semi-aberto. Isso posto, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para o fim de CONDENAR os corréus EDUARDO SANTOS ALMEIDA e ZENILDA GOMES DA SILVA, ambos com qualificação nos autos, às penas de assim 6 anos e 5 meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 15 dias-multa para pagar, no mínimo legal"(Fls.70/71).

Por oportuno, vejamos-se os seguintes trechos do acórdão impugnado:

"[...]

Na Polícia, EDUARDO confessou a prática delitiva, porém disse ter agido sozinho, sem auxílio ou participação da corré (fls. 07).

ZENILDA, por sua vez, limitou-se a negar as imputações trazidas na inicial (fls. 08).

Em Juízo, EDUARDO voltou a assumir a autoria dos fatos, dizendo, porém, que agiu desarmado e sob efeito de droga que havia usado. Acrescentou ter encontrado ZENILDA no trajeto e ter-lhe dado carona, sem que ela soubesse dos fatos.

ZENILDA disse ter visto o réu, seu vizinho, dirigindo um táxi, motivo pelo qual, sem estranhar tal fato pediu carona a ele.

A pueril versão dos sentenciados não encontra respando na prova amealhada aos autos e, ainda, é por ela infirmada.

A vítima Luís IGNÁCIO BENUCCI reconheceu ambos os réus em audiência. Narrou ter atendido ao chamado de EDUARDO, que embarcou em seu veículo e solicitou que parasse para que sua esposa embarcasse, o que foi feito e seguiram o trajeto, até que Eduardo determinou que parasse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, empunhando uma faca na mão, o ameaçou e anunciou o assalto, enquanto ZENILDA, ao mesmo tempo, o agarrou por trás, tentando imobilizá-lo, quando Eduardo mandou a corré ir buscar uma arma de fogo, oportunidade em que a vítima conseguiu sair do veículo, que foi levado pelos réus.

[...]

A dosimetria das penas está correta e nada há a ser reparado.

A pena-base de todos os réus foi mantida no mínimo legal de quatro anos de reclusão e dez dias-multa.

Na segunda etapa, não se caracterizou a pleiteada atenuante da confissão do corréu EDUARDO, uma vez que, ao confirmar a autoria do roubo, negou estivesse armado e tentou isentar a corré de participação, tentando simplesmente beneficiar-se com sua narrativa. Trata-se da chamada confissão qualificada, que ocorre quando o acusado assume a autoria de um fato, porém invoca em seu favor uma atenuante ou uma causa de exclusão de antijuridicidade. É o que ocorre no presente caso.

Assim, presente a agravante da dissimulação art. 61, II, c do Código Penal, correto o acréscimo de um sexto aplicado, que fica mantido.

Na terceira fase, presentes duas causas de aumento, a pena foi corretamente majorada em 3/8, pois com o advento da Lei nº 9.426, de 1996, que introduziu duas novas causas de aumento de pena no artigo 157, do Código Penal, entende-se que, com o ingresso dos incisos IV e V no aludido dispositivo (artigo 157 do CP), as frações de aumento de pena devem ser remodeladas, tendo em vista que, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, o aumento de 1/3 até metade deverá ser dividido por cinco. Assim, em se tratando de duas qualificadoras, a elevação deve ser de 3/8 e, por isso, fica mantido.

Assiste razão ao inconformismo ministerial, que visa a fixação do regime inicial fechado para desconto das penas corpóreas.

O regime prisional adequado para crime violento como o roubo qualificado, mormente quando há emprego de arma concurso de agentes, é mesmo o inicial fechado.

Todo indivíduo que participa de roubo revela extrema periculosidade e esse tipo de infração intranquiliza a população e vem crescendo, principalmente nas metrópoles, o que justifica plenamente a fixação da modalidade mais severa para o cumprimento da pena.

Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfetor perigoso do convívio social, e assim evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas.

[...]

Posto isso, nego provimento aos recursos dos réus e dou provimento ao apelo ministerial para, mantidas as condenações por seus próprios fundamentos e mais os aduzidos acima, estabelecer o regime inicial fechado para desconto das penas privativas de liberdade" (75/80; sem grifos no original).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, dos trechos do acórdão acima transcritos, o Paciente EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA tentou se eximir da responsabilidade criminal, ao afirmar ter agido sob efeito de drogas. Houve, portanto, a chamada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes.

Esta Corte vinha entendendo que a confissão qualificada não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal (AgRg no REsp 1164689/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012; REsp 1248219/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012; HC 65.038/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 05/11/2007).

Não obstante, em recentes julgados, tem prevalecido a orientação de que a atenuante da confissão deve ser aplicada ainda que se trate de confissão qualificada, especialmente se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO INSTRUMENTO PROCESSUAL PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO QUALIFICADA. POSSIBILIDADE. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

*2. A invocação de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade não obsta o reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea de que cuida o art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal. Precedentes.*

3. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 6 (seis) anos, 11 (onze) meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 10 (dez) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, os termos da condenação." (HC 285.416/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 26/03/2014, sem grifos no original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 'CONFISSÃO QUALIFICADA' USADA PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. ADESÃO AO NOVO ENTENDIMENTO. AGRAVO PROVIDO.

1. Embora não se desconheça o entendimento até então manifestado por esta Corte Superior de Justiça em inúmeros julgados, no sentido de que 'A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal' (HC 211.667/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013), após detido reexame do tema, conclui-se de modo diverso.

*2. Colhe-se dos autos que a agravante confessou a prática do crime 'ainda que evasiva de arrependimento e com possível intenção de eximir-se da culpa'. Nesse viés, verifica-se que a confissão serviu para a comprovação da autoria, bem como embasar o decreto condenatório. Em hipóteses tais, o reconhecimento da atenuante se impõe. Vale dizer, **se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.***

3. Com efeito, tal entendimento deve se estender para as hipóteses da chamada 'confissão qualificada'. Em outras palavras, a invocação de teses defensivas excludentes ou discriminantes não pode obstar a incidência da atenuante da confissão quando ela é utilizada para embasar o próprio decreto condenatório.

4. A propósito: 'É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que a invocação de excludente de ilicitude não obsta a incidência da atenuante da confissão espontânea' (AgRg no AREsp 210.246/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2013).

5. No mesmo sentido: 'A invocação de causa excludente de ilicitude não obsta reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea.' (AgRg no Ag 1242578/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 14/11/2012)

6. Agravo regimental provido para negar provimento ao Agravo de Instrumento do Ministério Público, mantendo a pena nos exatos termos como fixada pelo Tribunal de piso, ou seja, com a incidência da atenuante da confissão (art. 65, II, d, do Código Penal)." (AgRg no Ag 1410103/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 21/11/2013, sem grifos no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, o Paciente confessou a prática do crime de roubo e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (intoxicação decorrente do uso de drogas), impõe-se a aplicação da atenuante.

No que diz respeito à exasperação da reprimenda, na terceira fase da pena, acima da razão mínima prevista na legislação, tem-se pelas decisões exaradas pelas instâncias ordinárias, **que foi levado em conta tão somente o critério matemático para majorar a pena acima do patamar mínimo, em razão da configuração de duas circunstâncias** (emprego de arma e concurso de agentes). Porém, a presença de mais de uma majorante no crime, ou a gravidade que lhe é inerente, não é causa obrigatória de exasperação da punição em razão acima da mínima prevista, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação, **o que inocorreu na espécie.**

Conclui-se que a Corte Impetrada contrariou o entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o aumento acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem maior elevação.

A propósito, confira-se:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 2. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA 3. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 443, DESTA CORTE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais. Súmula n.º 444 do STJ.

2. No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula 443 do STJ.

4. Habeas corpus *parcialmente concedido para reduzir as penas dos pacientes para 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação.*" (HC 198.193/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 11/06/2012; sem grifos no original.)

Incide, na hipótese, portanto, o entendimento sedimentado na Súmula n.º 443 desta Corte Superior de Justiça:

"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."

Ou seja: a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.

Desse modo, em razão da ausência de justificativa concreta para a exacerbação da pena, na terceira fase, em fração maior que o mínimo legal, deve, portanto, ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar equivalente a 1/3 (um terço), excluindo-se a majoração considerada ilegal, de 3/8 (três oitavos).

Por fim, em relação à fixação do regime prisional fechado, a Quinta Turma deste Sodalício tem decidido, ressalvada minha divergência, que o regime fechado justifica-se, **pelo emprego de arma de fogo**. Tal entendimento não se aplica ao caso dos autos em razão de os Acusados terem praticado a conduta delituosa mediante uso de arma branca (faca).

Dessa forma, observa-se que, o regime prisional fechado, foi estabelecido em face da gravidade abstrata do delito. E, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"*.

Portanto, sendo os condenados tecnicamente primários e de bons antecedentes, a decisão que lhes impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rigoroso que o admissível em tese" (HC 72.315/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Com efeito, levando-se em conta que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, ensejando, aliás, a fixação da pena-base no mínimo legal, é justo o restabelecimento do regime prisional semiaberto, tal qual fixado na sentença condenatória.

Passo, portanto, a redimensionar as sanções dos Pacientes.

Em relação à Ré ZENILDA GOMES DA SILVA:

Na primeira etapa da reprimenda, a pena-base será mantida no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, não há circunstâncias atenuantes ou agravantes. A pena intermediária perfaz, portanto, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, fixo o aumento de 1/3 pela incidência das majorantes do emprego de arma e do concurso de pessoas, **perfazendo a sanção definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão estabelecida na sentença.**

Em relação ao Réu EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA:

Na primeira etapa da reprimenda, a pena-base será mantida no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão. Dessa forma, a circunstância agravante da dissimulação **deve ser compensada** com a atenuante da confissão, permanecendo a pena-provisória no mesmo patamar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira fase, fixo o aumento de 1/3 pela incidência das majorantes do emprego de arma e do concurso de pessoas, **perfazendo a sanção definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão estabelecida na sentença.**

Finalmente, restabeleço o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, conforme fixado na sentença condenatória.

Em relação à progressão de regime, a possibilidade de concessão do benefício deve ser reexaminada pelo Juízo das execuções, a fim de aferir se satisfeitos os requisitos para sua concessão.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*. Porém, CONCEDO ordem de *habeas corpus*, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena dos Pacientes, e restabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, nos termos explicitados no voto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0036514-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.930 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0079083952012260050 1043372 14532012 31 4922012 79083952012260050

EM MESA

JULGADO: 19/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARINA NEVES DE CAMPOS MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDUARDO SANTOS DE ALMEIDA
PACIENTE	: ZENILDA GOMES DA SILVA

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.