

**HABEAS CORPUS Nº 472.770 - SP (2018/0261899-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FERNANDA COSTA HUESO - SP0238066  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : R A DE S

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PENAL. ROUBO MAJORADO E ESTUPRO. PENAS-BASES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAS À CONDUTA SOCIAL, À PERSONALIDADE DO AGENTE E AOS MOTIVOS DOS CRIMES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CONSEQUÊNCIAS DOS CRIMES E DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA N.º 545/STJ. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP N.º 1.341.370/MT, JULGADO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. TESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO EM RAZÃO DE LEI NOVA MAIS BENÉFICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA A ORDEM.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de R. A. de S. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0099461- 96.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nos arts. 157, § 2.º, inciso I, c.c. o art. 213, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, pois constrangeu P. R. C. da S., "*mediante violência e grave ameaça a ter conjunção carnal e praticar ou permitir que com ela se praticassem atos libidinosos*",

além de ter-lhe subtraído, "*mediante violência e grave ameaça consistente no emprego de arma de fogo, um aparelho celular marca Motorola, um par de tênis, um maço de cigarros e a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais) em dinheiro*" (fls. 19-20).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 70):

*"APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo e estupro - pleito de absolvição em relação ao crime sexual improvido - provas seguras de autoria e materialidade - pleito de redimensionamento da pena improvido - reprimenda bem calculada - regime fechado - acusado reincidente - apelo desprovido."*

Nas razões deste *writ*, a Parte Impetrante insurge-se contra o aumento em 1/2 (metade) nas penas-bases dos delitos cometidos, ao argumento de que a fundamentação para tal acréscimo foi genérica, pois os critérios empregados para avaliar negativamente a conduta social e a personalidade do Agente foram inerentes aos próprios tipos penais, de modo que as penas de ambos os crimes devem permanecer no mínimo legal na primeira fase da dosimetria ou, no máximo, serem aumentadas em 1/6 (um sexto).

Afirma que deve haver a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a atenuante da confissão; e que a confissão, mesmo relativa apenas ao crime de roubo, deve ser considerada como preponderante entre elas, nos termos do art. 65 do Código Penal e da inteligência da Súmula n.º 545 do STJ.

Acrescenta que a causa de aumento de pena em razão do uso de arma de fogo, prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal não deve incidir, pois a Lei n.º 13.654/2018 é alteração legislativa prejudicial, que não deve retroagir para piorar a situação do Paciente.

Sustenta, ainda, que o Paciente sofre constrangimento ilegal devido à aplicação do regime fechado apenas pelo fato de ser reincidente, o que não é suficiente para embasar o regime mais gravoso, em especial porque as penas-bases devem ser mantidas nos patamares mínimos legais.

Requer a concessão da ordem "*a fim de estabelecer a pena-base em seu patamar mínimo, reconhecer a confissão do impetrante, afastar a causa de aumento decorrente do emprego de arma de fogo e regime diverso do fechado para início de*

*cumprimento da pena.*" (fl. 13).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 114-135.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 137-138, opinando pelo não cabimento do *habeas corpus*.

É o relatório. Decido.

De início, no tocante à fixação das penas-bases, o Juízo sentenciante, referendado pela Corte de origem, apresentou a seguinte fundamentação (fls. 57-62; grifos diversos do original):

"[...]

*Atendendo ao método trifásico de aplicação da pena, passo a fixá-la.*

*Na primeira fase, atento às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, quais sejam, **culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade** do agente, **motivos, circunstâncias e consequências** do crime, bem como **comportamento da vítima**, entendo que a pena do acusado não deva ser fixada no mínimo legal, porém é inconcebível, do mesmo modo, a fixação da pena no máximo legal cominado ao crime.*

[...]

*Elaboradas as premissas, portanto, passo à individualização da pena nesta primeira fase, tendo por parâmetro o artigo 59 do Código Penal.*

*No tocante aos **antecedentes** do acusado, verifica-se que o mesmo possui vida ante acta totalmente maculada, com diversas condenações criminais pela prática de crimes patrimoniais, sendo que, em relação a algumas das condenações, já passado o período depurador, sendo válidas, portanto, para a utilização à guisa de MAUS ANTECEDENTES, nesta fase da dosimetria.*

*No concernente à **conduta social e personalidade** do agente, verifica-se a total reprovabilidade de sua conduta, na medida em que o acusado, por sentimento torpe e vil, deliberou cometer crime contra o patrimônio e contra a liberdade sexual de uma jovem vítima, com apenas vinte e dois anos de idade, que se encontrava na via pública, no início da manhã, a caminho de seu local de trabalho.*

*Certo é, outrossim, que a falta de controle sobre a libido demonstrada pelo acusado inquina à existência de personalidade deturpada, ainda mais se considerado não ser a primeira vez em que o acusado é preso e condenado, acusado de crime patrimonial.*

*Ora, a ausência de freios morais do acusado, com a prática delitiva perpetrada é evidente e atenta, consoante salientado, contra as mais elementares normas morais de conduta.*

Como **motivo** do crime, apenas se pode vislumbrar o descontrole e ausência de freios morais do acusado, que, foi capaz de abusar sexualmente da inocente vítima, mediante violência ou grave ameaça e valendo-se de uma fraude e simulação.

Ressalte-se, ademais, que as **consequências** do crime, para a vítima, foram imensuráveis, com consequências deletérias a sua saúde psicológica e sexual, que acarreta inegável da vida social, mormente porque cometido o crime a caminho de seu local de trabalho.

**Em vista da argumentação acima expendida e observados os elementos constantes dos autos, fixo a pena-base do acusado, em relação a ambos os delitos, 1/2 (metade) acima do mínimo legal, isto é, 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pelo crime de roubo, e 09 (nove) anos de reclusão, pelo crime de estupro.**

Na segunda fase, verifico a incidência da circunstância agravante consistente na DUPLARREINCIDÊNCIA (certidão a fls. 70, relativa a condenação por roubo, perante a 14ª Vara Criminal Central da Capital/SP, com trânsito em julgado em 26 de agosto de 2013, assim como certidão a fls. 90, relativa a condenação por roubo, perante a 31ª vara Criminal Central da Capital/SP, com trânsito em julgado em 29 de julho de 2008 e extinção da punibilidade, pelo cumprimento da pena, em 31 de maio de 2016), estando ausentes circunstâncias atenuantes (a versão do acusado não pode ser acolhida como confissão no tocante ao roubo, posto que nega, veementemente, o porte de uma arma de fogo, a qual foi descrita, claramente, pela vítima, nesta data e deste o primeiro momento em que prestou declarações, em sede policial), **de modo que majoro a pena anteriormente fixada em 1/4 (um quarto), perfazendo o montante de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pelo crime de roubo, e 10 (dez) anos de reclusão, pelo crime de estupro (máximo cominado ao delito, de modo a não ser possível majorar a pena em patamar superior, ex vi da inteligência da Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça).**

Na terceira fase, ainda, inexistem causas de aumento ou diminuição da pena a serem reconhecidas, ao menos no tocante ao crime de estupro, motivo pelo qual a pena anteriormente fixada permanece inalterada.

Em relação ao crime de roubo, porém, incidem as causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, posto que se trata de crime de roubo cometido mediante o uso de arma de fogo, com grande poder vulnerante e de elevado nível de intimidação, de modo que, entendendo seja o caso de aplicação, a título de balizas orientadoras, do critério aritmético proposto pelo extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, o qual é amplamente aceito pela Doutrina e Jurisprudência pátrias, in verbis:

[...]

*Assim, tenho que, em face da existência de uma majorante, deva a pena do acusado, no tocante ao crime de roubo, ser majorada no importe de 1/3 (um terço), perfazendo, pois, o montante de 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.*

*Portanto, a pena total, fixada em face do acusado totaliza o montante de 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, pelo crime de roubo, e 10 (dez) anos de reclusão, pelo crime de estupro."*

Como é cediço, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Assim, a fixação da pena é atividade discricionária que, se exercida de modo proporcional e em observância aos critérios estabelecidos no Estatuto Repressivo, não comporta reparo na via mandamental.

Cumpre registrar, ainda, que o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do Juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via estreita do *habeas corpus*. Assim, ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena por esta Corte Superior.

No caso, verifica-se que o Juízo sentenciante valorou negativamente as seguintes circunstâncias judiciais para ambos os delitos: **antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e consequências do delito.**

No que se refere à **conduta social**, à **personalidade do agente** e aos **motivos do crime**, deve ser afastado o acréscimo das penas-bases, tendo em vista que a fundamentação adotada limitou-se a fazer referência a elementos inerentes aos próprios tipos penais.

Exemplificativamente:

**"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PERSONALIDADE E MOTIVOS.**

**FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO DE PENA JUSTIFICADO EM DADOS CONCRETOS.**

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

2. Considerando que a pena prevista abstratamente para o delito em tela é de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, segundo a redação vigente à época do seu cometimento, o incremento de 1 (um) ano para cada circunstância judicial desfavorável mostra-se proporcional e devidamente fundamentado com base em elementos concretos da conduta imputada ao paciente, não merecendo ser acolhida a insurgência de redução proporcional do quantum de aumento.

3. A Corte a quo, seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, reconheceu desfavoráveis as circunstâncias, as consequências do delito, a personalidade do agente e os motivos do crime.

4. Quanto à personalidade, afirmou-se 'ser o acusado pessoa manipuladora, fria, perniciosa, que só pensa em si'; todavia, a fundamentação utilizada não se mostra adequada para a análise de tal vetor, em razão ausência de dados concretos que permitam a adequada aferição da personalidade do agente.

5. Em relação aos motivos do delito, ou seja, o fato de que o réu 'utiliza-se das pessoas para satisfazer seus instintos mais primitivos e de forma promíscua', infere-se que tais características são inerentes aos crimes contra a dignidade sexual e não autorizam o incremento da sanção.

[...]" (AgRg no HC 448.856/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 06/06/2019.)

Já as consequências dos delitos foram consideradas desfavoráveis de forma adequada, pois o Colegiado enfatizou a fundamentação apresentada pelo Magistrado *a quo*, no sentido de que a prática dos crimes "*trouxe inegáveis consequências negativas à vítima no que toca à sua saúde física, sexual e psicológica*" (fl. 79)

Nessa perspectiva, *mutatis mutandis*:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PRESENÇA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO**

**CONHECIDO.**

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. **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 foram subtraídos vários objetos da residência do casal, inclusive dinheiro em espécie em real, dólar, guaranis paraguaios e pesos argentinos, com valor total relevante, além de bebidas, jóias, relógios e um veículo utilizado na fuga, evidente o vultoso prejuízo ocasionado às vítimas, mais expressivo do que o próprio aos crimes contra o patrimônio, sendo certo, ainda, o imenso temor causado, em razão das constantes ameaças de morte e da agressão física efetivada contra a ofendida, estando justificada, portanto, a exasperação da pena-base.

4. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das causas de aumento do concurso de agentes, do uso de arma e da restrição à liberdade das vítimas, aplicaram a fração de 1/2 para majorar a pena, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o concurso de quatro agentes, com uso de arma de fogo e de uma faca, contra duas vítimas que eram constantemente ameaçadas de morte com as armas utilizadas na empreitada criminosa, sendo deixadas amarradas e trancadas em um cômodo da residência, para que não avisassem a polícia do acontecimento, denota a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 pela incidência das três majorantes do crime de roubo.

5. Writ não conhecido." (HC 541.862/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 12/11/2019; sem grifos no original.)

No tocante aos **antecedentes**, o Paciente possui, de fato, condenação transitada em julgado, diversa das condenações utilizadas para fins de reincidência. Ademais, a Parte Impetrante não impugnou a análise desfavorável desse vetor.

A propósito:

"[...] 2. *Mostra-se válido o aumento da pena-base pelos maus antecedentes do réu, assim considerados ante a existência de condenações definitivas, diversas da utilizada como reincidência.*

3. *As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, a princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes.*

[...]" (HC 356.190/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/11/2016.)

Assim, deve ser mantida a exasperação das penas tão somente quanto às consequências do delito e aos antecedentes do Acusado.

Na segunda fase de aplicação da pena, verifica-se que as instâncias ordinárias afastaram a pretensão de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em relação ao crime de roubo, por ter sido parcial a confissão do Acusado.

Por oportuno, confirmam-se, respectivamente, os seguintes trechos da sentença condenatória e do acórdão impugnado:

*"Na segunda fase, verifico a incidência da circunstância agravante consistente na **DUPLARREINCIDÊNCIA** (certidão a fls. 70, relativa a condenação por roubo, perante a 14ª Vara Criminal Central da Capital/SP, com trânsito em julgado em 26 de agosto de 2013, assim como certidão a fls. 90, relativa a condenação por roubo, perante a 31ª vara Criminal Central da Capital/SP, com trânsito em julgado em 29 de julho de 2008 e extinção da punibilidade, pelo cumprimento da pena, em 31 de maio de 2016), estando ausentes circunstâncias atenuantes (a versão do acusado não pode ser acolhida como confissão no tocante ao roubo, posto que nega, veementemente, o porte de uma arma de fogo, a qual foi descrita, claramente, pela vítima, nesta data e deste o primeiro momento em que prestou declarações, em sede policial), de modo que majoro a pena anteriormente fixada em 1/4 (um quarto), perfazendo o montante de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pelo crime de roubo, e 10 (dez) anos de reclusão, pelo crime de estupro (máximo cominado ao delito, de modo a não ser possível majorar a pena em patamar superior, ex vi da inteligência da Súmula nº*



231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça)." (Fl. 61; grifos diversos do original)

*"Razão não lhe assiste.*

*Primeiro porque o apelante não confessou a prática do crime com todos os seus contornos, espontaneamente, buscando minimizar sua responsabilidade alegando não ter se utilizado de arma de fogo, fato devidamente contraditado pela vítima. Essa tentativa de minimização não corresponde à atenuante da confissão espontânea." (Fls. 81-82)*

No entanto, de acordo com a orientação desta Corte Superior de Justiça, "*se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante, compensando-se com a reincidência*" (RCD no HC 465.207/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019).

A propósito:

**"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE FURTO EM DETRIMENTO DO ROUBO. CONFISSÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

*1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula n. 545 desta Corte.*

*2. 'Embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial.' (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)*

*3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n.º 182 desta Corte).*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 452.897/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.)*

Nesse sentido é o enunciado da Súmula n.º 545 do Superior Tribunal de Justiça: *"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal"*.

No caso, a confissão foi um dos fundamentos para a condenação. Assim, deve incidir a atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

Ademais, segundo orientação pacificada no Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência devem ser compensadas. É o que se colhe do seguinte julgado, proferido sob o rito dos recursos repetitivos.

***"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 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013; sem grifos no original.)

Cito, por oportuno, os seguintes precedentes:

***"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.***

***1. A questão atinente à compensação entre a reincidência e a confissão espontânea foi pacificada no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS e do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT. No primeiro, julgado em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal fixou 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'.***

***2. A Terceira Seção desta Corte Superior reafirmou seu posicionamento, ao julgar o HC n. 365.963/SP (DJe 23/11/2017) e admitiu a possibilidade de compensação entre a reincidência específica e a confissão.***

***3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada.***

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no REsp 1.475.884/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018; sem grifos no original.)

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*II - Na apreciação do EREsp n. 1.154.752/RS e REsp n. 1.341.370/MT, esta Corte estabeleceu que a atenuante da confissão, por ser de natureza subjetiva, integra a personalidade do agente. Em sendo assim, tem-se o devido lastro para a equiparação à agravante reincidência - de acordo com o comando inserto no art. 67 do Código Penal. Igualmente, no julgamento do Tema 585, submetido à sistemática do Recurso Repetitivo (REsp n. 1.341.370/MT), a Terceira Seção lastreou esse entendimento, consoante as fundamentações exaradas no voto do EREsp 1.154.752/RS.*

[...]

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação, mantidos os demais termos da condenação.*" (HC 453.414/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018; sem grifos no original.)

Com relação ao argumento de que não deve incidir a causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal em razão de ser a Lei n.º 13.654/2018 alteração legislativa prejudicial, que não deve retroagir para piorar a situação do Paciente, consigne-se que tal tese não foi apreciada pelo Tribunal de origem, de forma que fica evidenciada a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar originariamente a matéria, nos termos do art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição da República, sob pena de indevida supressão de instância.

A propósito:

*"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXCESSO DE PRAZO PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.*

**ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.**

**1. Inviável o conhecimento originário por este Superior Tribunal de tese não analisada pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.**

[...]

3. *Recurso em habeas corpus improvido.*" (RHC 98.019/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018; sem grifos no original.)

**Passo, assim, ao redimensionamento das penas.**

### **1 - Crime de roubo circunstanciado:**

Na primeira fase da dosimetria, afastado o aumento relativo às circunstâncias judiciais da conduta social, personalidade do agente e motivos do crime, e, mantido o acréscimo referente às consequências do delito e aos maus antecedentes do Réu, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na segunda etapa, compensando-se a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (duas condenações), fixo a pena intermediária em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na terceira etapa, presente a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, mantenho o acréscimo em 1/3 (um terço), de modo que **torno definitiva a pena do crime de roubo em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa.**

### **2 - Crime de estupro:**

Na primeira fase da dosimetria, afastado o aumento relativo às circunstâncias judiciais da conduta social, personalidade do agente e motivos do crime, e, mantido o acréscimo referente às consequências do delito e aos maus antecedentes do Réu, fixo a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão.

Na segunda etapa, ausente circunstância atenuante e presente a circunstância agravante da reincidência (duas condenações), mantenho o acréscimo da pena na fração de 1/4 (um quarto), ficando estabelecida a pena intermediária em 10 (dez) anos de reclusão.

Na terceira etapa, inexistentes causas de aumento e de diminuição, **torno**

**definitiva a pena do crime de estupro em 10 (dez) anos de reclusão.**

### **3 - Concurso material**

Em virtude do concurso material de crimes, as penas ficam totalizadas em **18 (dezoito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa.**

### **4 - Regime inicial**

Por fim, mantém-se o regime inicial fechado, em virtude do *quantum* da pena imposta, aliado à presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e à reincidência, segundo o disposto nos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Exemplificativamente:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. REGIME INICIAL ABERTO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

[...]

***2. A despeito do quantum de pena definitivamente imposta ao réu, a reincidência e os maus antecedentes justificam a fixação do modo fechado para o início do seu cumprimento. Súmula n. 269 do STJ.***

***3. Agravo regimental não provido.***" (AgRg no HC 439.368/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do *habeas corpus* e, nessa extensão, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem, a fim de reformar o acórdão impugnado a e sentença condenatória, na parte relativa à dosimetria da pena, ficando estabelecida a pena definitiva do Paciente em **18 (dezoito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa**, mantido o regime inicial **fechado**.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora