

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 512.003 - SP (2019/0148654-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : **JENKESON TADEU BARBOSA RAFAEL**  
**ADVOGADOS** : **DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE**  
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**AGRAVADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo regimental interposto por JENKESON TADEU BARBOSA RAFAEL contra decisão monocrática de minha lavra que denegou a ordem de *habeas corpus* em que se pleiteava o reconhecimento da confissão espontânea e sua compensação integral com a reincidência.

Depreende-se dos autos que o acusado foi condenado à pena de 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 61, II, "h", ambos do Código Penal (e-STJ fls. 14/20), tendo em vista que, juntamente com outro acusado, "*no dia 22 de agosto de 2018, às 08:40 horas, na Rua Kalil Nader Habr, 740, Jardim Colina, nesta Capital, agindo com unidade de desígnios e propósitos, subtraíram, para si, mediante violência e grave ameaça, mediante emprego de faca, pertences pessoais, entre eles, três óculos de sol, telefones celulares, relógios de pulso, jóias, dentre outros objetos, e a quantia de R\$ 960,00, pertencentes às vítimas J.H., idoso, e A.S.M.*" (e-STJ fl. 14).

Interposta apelação, os desembargadores da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso (e-STJ fls. 21/32).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 22):

Roubo qualificado por comparsaria (art. 157, §2º, II, do Código Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Posse da "res furtiva". Palavras incriminatórias da vítima, com reconhecimento, e de Policiais Militares. Confissão parcial em Juízo, ademais. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Crime de roubo plenamente configurado.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento acertado. Impossibilidade de redução. Inaplicabilidade da atenuante da confissão. Confissão meramente parcial. Prevalência, 'in casu', da reincidência, para um dos réus. Regime inicial fechado adequado à hipótese. Apelo improvido.

Neste *writ*, a Defensoria Pública apontou constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da confissão parcial, bem assim da não compensação integral entre as circunstâncias agravante e atenuante.

Sustentou que, apesar da contribuição do acusado para a formação da convicção do julgador, não houve o reconhecimento de sua confissão, na segunda etapa da dosimetria, por ter sido parcial.

Ressaltou, também, que o Tribunal local entendeu pela preponderância da reincidência, razão pela qual seria inviável a compensação integral das circunstâncias, o que vai de encontro ao disposto na Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça.

Postulou, assim, a concessão da ordem a fim de que fosse reconhecida a atenuante da confissão e que fosse integralmente compensada com a agravante da reincidência (e-STJ fls. 8/9).

A ordem foi denegada sob o argumento de que o réu não confessou a prática dos fatos que lhe foram imputados, o que afastou o reconhecimento da atenuante, nos termos do art. 65, III, "d", do Código Penal (e-SJT fls. 78/82).

No presente agravo regimental, a defesa assevera que *"apesar de reconhecida a confissão do paciente e mencionada para a solução do processo, a mesma não sopesada para compensação com a reincidência"* e reforça que *"a sentença condenatória afirma que o paciente confessou sua autoria, mesmo que por crime diverso, mas, que colaborou para o convencimento do juiz e a condenação imposta"* (e-STJ fl. 90).

Pontua que a não compensação vai de encontro ao disposto na Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, pede a reconsideração da decisão ou, se caso assim não se

entenda, a remessa do presente recurso à Sexta Turma desta Casa para que seja concedida a ordem de *habeas corpus* nos termos acima expostos (e-STJ fls. 87/91).

É, em síntese, o relatório.

Diante do acima exposto, reconsidero a decisão prolatada consoante os fundamentos a seguir exarados.

Como se vê do relatório, busca a defesa, neste agravo regimental, a reforma da decisão monocrática que não reconheceu a atenuante da confissão espontânea sob o argumento de que o acusado não confessou os fatos que ensejaram a sua condenação, bem assim a sua compensação integral com a agravante da reincidência.

De fato, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão dos réus, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante (HC n. 237.252/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014).

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na espécie, o Tribunal de Justiça assim se manifestou (e-STJ fls. 26/27 e 29):

**Os réus confessaram parcialmente os fatos** - interrogatório gravado confirmando que adentraram na casa das vítimas e subtraíram seus pertences, mas negando as ameaças, **aduzindo que praticaram um simples crime de furto.**

[...]

Apenamento acertado, impassível de alteração.

Base fixada no mínimo legal para ambos os réus, em 04 anos de reclusão, mais 10 dias-multa.

À segunda fase, aumento em 1/6 para ambos os acusados, ante a agravante do art. 61, II, 'h', do Cód. Penal crime praticado contra maior de 60 anos.

[...]

Já para o réu Jenkeson, novo aumento em 1/6 pela reincidência específica, f. 10 apenso.

Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, como quer a Defesa.

É que a confissão judicial dos acusados foi qualificada, com ressalvas que atenuam a gravidade da sua conduta e, caso fossem adotadas pelo Julgador, levariam à desclassificação da tipificação.

De forma que, admitindo as subtrações, mas negando a grave ameaça contra a vítima a despeito do robusto acervo probatório em sentido contrário, os acusados negam a presença de uma das elementares do tipo penal pelo qual saíram condenados, **reconhecendo a prática de conduta absolutamente diversa daquela que lhe está sendo imputada, circunstância que descaracteriza o instituto da confissão.**

**Ademais, quanto ao réu Jenkeson, ainda, prevalece a reincidência sobre a confissão (art. 67 do Código Penal).** (Grifei.)

Verifica-se, portanto, que não foi reconhecida a atenuante sob o argumento de que o réu negou o delito pelo qual foi condenado.

Na hipótese, apesar de o acusado ter confessado a prática do crime de furto, a atenuante se aplica ao caso em tela, visto que a subtração também constitui uma das elementares do delito de roubo. Nesse sentido:

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, grifei).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DE POSTERIOR COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, quando utilizada pelo juiz para fundamentar a condenação, incide a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, ainda que a confissão tenha sido parcial, entendimento que resultou na edição do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte.

- **No caso, o paciente assumiu a prática do delito de furto, mas, nos termos da jurisprudência desta Corte, 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).**

- A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 4 anos e 8 meses de reclusão, e 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 403.372/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018).

Assim, consoante o enunciado sumular 545 desta Corte, "*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*".

As circunstâncias devem, portanto, ser integralmente compensadas, pois, mesmo sendo a confissão parcial, a atenuante e a agravante mostram-se igualmente preponderantes. A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. [...]. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

[...]

**5. No que se refere à segunda fase de aplicação da pena, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, pacificou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são circunstâncias legais igualmente preponderantes, razão pela qual, na hipótese, é devida a compensação integral entre elas.**

6. Ordem de habeas corpus concedida a fim de redimensionar a pena privativa de liberdade para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, na fração mínima (HC 486.969/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 24/04/2019, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO E COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 269 DO STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

**III - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na espécie.**

**IV - A Terceira Seção deste eg. 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".**

V - O réu reincidente, condenado a pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos, e que ostente circunstâncias judiciais favoráveis, como ocorre na espécie, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto, conforme enuncia a Súmula n. 269/STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para promover a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, e fixar a pena do paciente final e definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 528.631/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 19/11/2019, grifei).

Passo, então, à readequação da pena, nos parâmetros originários.

Na primeira fase, permanece a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na fase intermediária, compenso a atenuante da confissão com a agravante da reincidência e, em seguida, mantenho o aumento da reprimenda em 1/6, nos termos do art. 61, II, "h", do Código Penal, tendo em vista que o delito foi praticado contra idoso, o que perfaz 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa.

Na fase final, diante do aumento da sanção em 1/3, pelo concurso de agentes, a pena definitiva fica estabelecida em **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e ao pagamento de 14 dias-multa.**

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, readequando a pena definitiva imposta ao paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e ao pagamento de 14 dias-multa,** mantidos os demais termos do acórdão estadual.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator