



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS  
(2010/0149989-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**EMBARGANTE** : MAICHEL ANDRADE  
**ADVOGADOS** : HELENA MARIA PIRES GRILLO - DEFENSORA PÚBLICA E  
OUTROS  
VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
**EMBARGADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL

**EMENTA**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo 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.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) acompanhando o Relator, acolhendo os embargos de divergência, e o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp acompanhando a divergência, rejeitando os embargos, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz e pelo Sr. Ministro Jorge Mussi e após o voto-desempate da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acompanhando o Relator, por maioria, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi, que os rejeitavam. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Og Fernandes e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente da Terceira Seção (em voto-desempate) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi.

Não compunha a Seção à época da leitura do relatório a Sra. Ministra



**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).  
Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.  
Brasília, 23 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS**  
**(2010/0149989-9)**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** O Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal local (Apelação n. 70027395086), que negou provimento à apelação da defesa e deu parcial provimento à da acusação para fazer incidir a agravante da reincidência, mas, na sequência, compensá-la com a atenuante da confissão espontânea. Assim, a pena de **Maichel Andrade** foi fixada em 4 anos de reclusão pelo crime de roubo.

A Quinta Turma deu provimento ao especial nos termos desta ementa (fl. 242):

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. APENAÇÃO. CONCURSO ENTRE ATENUANTE (CONFISSÃO) E AGRAVANTE (REINCIDÊNCIA). PREPONDERÂNCIA DESTA EM RELAÇÃO ÀQUELA. CIÊNCIA DO ART. 67 DO CPB. PRECEDENTES. PENA-BASE MANTIDA: 4 ANOS, AGRAVADA EM 3 MESES PELA REINCIDÊNCIA. PENA TOTAL: 4 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, MAIS 10 DIAS-MULTA. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO. PENA REFORMULADA.

1. **Esta Corte já teve a oportunidade de registrar que a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão, de maneira que, verificadas conjuntamente, a pena deve tender aos limites daquela.**

2. Há nesta Corte precedentes cuja conclusão destoa dessa indicada (HC 121.872/MG, Rel. Min. CELSO LIMONGI, DJU 05.04.10; HC 124.172/RN, Rel. Min. OG FERNANDES, DJU 08.03.10), porém esta orientação não reflete o estado da arte da jurisprudência do Pretório Excelso, que fixou, em recente julgado, sua concordância com a tese a que ora se adere (STF - RHC 102. 957/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJU 14.05.10).

3. Parecer ministerial pelo provimento do recurso.

4. Recurso provido, pena reformulada.

Sobrevieram estes embargos de divergência, interpostos por Maichel Andrade, representado pela Defensoria Pública da União. Em suas razões,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aponta o embargante a existência de dissídio jurisprudencial com o seguinte precedente da Sexta Turma: AgRg no REsp n. 1.174.649/ES, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe 2/8/2010:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 94.051/DF, adotou o entendimento de ser possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Aponta, ainda, outros paradigmas: HC n. 150.266/MS, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe 7/12/2009; HC n. 126.107/MG, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 3/11/2009; HC n. 116.718/MS, Ministro Og Fernandes, DJe 3/11/2009; HC n. 121.681/MS, Ministro Paulo Gallotti, DJe 30/3/2009; e HC n. 94.051/DF, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe 22/9/2008.

Em suma, a Defensoria requer seja reconhecido como acertado o entendimento da Sexta Turma, *modificando-se o acórdão proferido nos autos do REsp 1.154.752 - RS, para determinar que o Tribunal de origem compense a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea* (fl. 266).

O então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), admitiu os embargos.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial dos embargos de divergência. Este, o resumo do parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos (fl. 281):

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ROUBO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

**Na 2ª fase da dosimetria, a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do CP e**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência recente dessa Corte. Enquanto a primeira diz respeito à personalidade (capacidade do agente assumir seus erros e suas conseqüências), a segunda é preponderante em razão de previsão legal expressa. Impõe-se, no entanto, como prêmio à capacidade de reconhecer e assumir os erros, que a confissão *espontânea* ocorra ao longo de toda a persecução penal, e não apenas no inquérito e depois negada em juízo.

Parecer pelo **provimento parcial dos embargos de divergência**, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, restando a pena concretizada em 4 anos de reclusão, ressalvando-se que a compensação só terá lugar quando a confissão for espontânea, inequívoca e ratificada a partir de quando prestada, ao longo de toda a persecução penal.

Em consulta à página oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifiquei que o réu está com pena a cumprir até 27/8/2020 (PEC n. 61.926-4).

É o relatório.



**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS**  
**(2010/0149989-9)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):**

Preliminarmente, há que se anotar o seguinte: a divergência jurisprudencial não foi comprovada corretamente.

O embargante deixou de juntar o inteiro teor do julgado proferido nos autos do AgRg no REsp n. 1.174.649/ES. Além disso, não se presta à comprovação do dissídio a simples indicação do Diário da Justiça no qual se encontra publicado o acórdão paradigma, como fez o embargante nestes autos. Em tal aspecto, confira-se o AgRg nos EREsp n. 427.799, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 9/2/2004, da Corte Especial.

[...]

No entanto, há também na nossa jurisprudência o entendimento de que, existindo notório dissídio jurisprudencial, todas essas formalidades devem ser aliviadas. Isso é o que consta dos EREsp n. 776.110/SP, para o qual o Ministro Og Fernandes escreveu esta ementa (DJe 22/03/2010):

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR URBANO. PREENCHIMENTO SIMULTÂNEO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IRRELEVÂNCIA.

**1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em se tratando de notório dissídio jurisprudencial, devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência.** Nesse sentido: EREsp nº 719.121/RS, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 12/11/2007; EDcl no AgRg no REsp n.º 423.514/RS, Rel.ª Min.ª ELIANA CALMON, DJ de 06/10/2003; AgRg no AgRg no REsp n.º 486.014/RS, Rel.ª Min.ª DENISE ARRUDA, DJ de 28.11.2005.

[...]

Na espécie, é indiscutível a divergência entre as Turmas que compõem



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a Terceira Seção a respeito da possibilidade de se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Já passa do momento de se pacificar o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, última palavra – como me foi lembrado recentemente – quando se trata de interpretação de normas infraconstitucionais.

Não desconheço a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Interpretando o art. 67 do Código Penal, tanto a Primeira como a Segunda Turma do Pretório Excelso dizem que *a confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente* (HC n. 106.113/MT, Ministra Cármen Lúcia, DJe 1º/2/2012). Por isso, *a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação entre circunstâncias agravantes e atenuantes* (HC n. 108.138/MS, Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14/12/2011).

Recentemente (2/3/2012), todavia, tive notícia de que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, teria determinado novo cálculo de pena em razão do caráter preponderante da confissão espontânea. Quando do julgamento do HC n. 101.909/MG (28/2/2012), em que se discutia exatamente se a confissão espontânea é ou não uma circunstância atenuante relacionada à personalidade do agente e, portanto, preponderante, nos termos do mencionado art. 67, o Ministro Ayres Britto disse que hoje alcança *uma diferente compreensão das coisas. É que não se pode perder de vista o caráter individual, rigorosamente personalístico, dos direitos subjetivos constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única, todo instituto de direito penal que se aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exigir o timbre da personalização. A assunção da*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade.*

A minha posição a esse respeito é a adotada pela Sexta Turma, inaugurada pela Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). É de sua relatoria o HC n. 94.051/DF, de 2008, a que fez referência o Relator do recurso especial apontado, aqui, como paradigma. Da ementa colho este tópico: *A atenuante genérica da confissão espontânea e a agravante genérica da reincidência são igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal, porquanto a primeira diz respeito à personalidade (capacidade do agente assumir seus erros e suas consequências) e a segunda é assim prevista expressamente.*

Com efeito, como disse, na oportunidade, a Ministra Maria Thereza, a *confissão revela, sim, traço da personalidade do agente, indica arrependimento e desejo de emenda.* Rememorou, ainda, lição de Fragoso (*Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, págs. 432 e segs):

Se o réu espontaneamente confessa a autoria do crime, colabora com a justiça e revela arrependimento que se reflete na minoração da pena. Como logo se percebe, são razões de oportunidade e conveniência que aqui movem o legislador, que busca estimular o comportamento do agente, levando-o a cooperar com a realização da justiça.

É de mister que a confissão seja espontânea, sem que se indague os motivos que a determinaram.

[...]

Não há qualquer razão para que se pretenda repelir a atenuação da pena em caso de confissão espontânea feita por pessoa presa em flagrante delito. A lei não estabelece tal restrição. Nesse sentido: STF, 1. T., HC 77.653/MS, Min. Galvão, DJU 12.03.1999).

[...]

Todas as circunstâncias atenuantes, com exceção da prevista no art. 65, III, *b*, referem-se à pessoa do agente ou ao fim de agir e têm, portanto, caráter subjetivo.

A confissão espontânea demonstra também, em meu modo de ver,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade mais ajustada, a ponto de a pessoa reconhecer o erro e assumir suas consequências. O peso entre a confissão e a reincidência deve ser o mesmo, daí a possibilidade de haver a compensação.

Não foi outra a opinião do Ministério Público Federal (fls. 283/285):

[...]

11. Assim, o entendimento acima estabelecido, segundo o qual a confissão é um reflexo da personalidade do agente, de índole subjetiva, devendo prevalecer sobre a reincidência, merece ser encampado por esse órgão uniformizador. De fato, se a reincidência sempre preponderasse sobre a confissão espontânea, seria mais vantajoso ao acusado não confessar o crime e, portanto, não auxiliar a justiça, porquanto de nada adiantaria tal conduta, algumas vezes praticada com risco para o próprio acusado.

12. A respeito do dispositivo de lei em análise, colhe-se o esclarecedor pensamento de Luiz Flávio Gomes:

“O art. 67 do CP é eminentemente subjetivista, porque atrelado a condições subjetivas do autor do fato. É dispositivo fundado no Direito penal de autor (não no Direito penal do fato). Isso é resquício do positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que serviu de base para nosso Código Penal fascista de 1940. Fascista porque o Brasil vivia, nessa época, sob o império de uma ditadura. Fascista e punitivista porque estreitamente ligado ao positivismo criminológico. Hoje, considerando o modelo de Estado que elegemos (o constitucional e humano-centrista de direito), já não faz sentido (ou, pelo menos, não faz sentido absoluto) o disposto no art. 67 do CP, que prioriza as condições subjetivas, em detrimento das objetivas. O correto é o juiz ponderar todas as circunstâncias do crime assim como as condições do agente. Tudo ponderado significa levar tudo em conta, porque o sujeito não pode ser punido só pelas suas condições pessoais. A aplicação automática do art. 67 revela posicionamento ideológico tendencialmente positivista, que não se coaduna com o atual modelo de sociedade e de direito (assim como de Estado) que adotamos. O art. 67 tinha mais coerência com as ideias penais fascistas de 1940 e isso em nada se aproxima das ideias democráticas da pós-modernidade.”

13. Todavia, para ser fiel a sua inspiração político-criminal, a compensação da reincidência com a confissão espontânea exige que esta seja livre de oportunismos, isto é, que, uma vez ofertada, seja mantida até o fim da persecução penal, sem relativizações e sem sua negação em momento posterior. Uma confissão na esfera policial, depois negada em juízo, apesar de poder servir para corroborar outras provas colhidas em contraditório e até ser mencionada na sentença condenatória ao lado de outros elementos de convicção, não deveria se prestar à almejada compensação, por não traduzir as qualidades que supostamente infunde em seu prestador, a saber, a sinceridade, a capacidade de reconhecer seus erros e assumir suas consequências. A confissão recalcitrante, hesitante, renegada não é sincera, nem genuína, e pode ser apenas a manifestação de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um cinismo processual: aproveitar a confissão, se condenado for, para mitigar a pena, ou usar sua renegação para afirmar inocência. Estes embargos de divergência oferecem ao Tribunal a oportunidade de admitir a compensação mas também traçar seus limites.

14. *In casu*, o provimento dos presentes embargos de divergência, ainda que parcial, importará na supressão do acréscimo de 3 meses de reclusão imposto pela preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Assim, a pena final do embargante deverá situar-se em 4 anos de reclusão, com 10 dias-multa.

Superando as preliminares, **acolho** os embargos de divergência a fim de restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS (2010/0149989-9)**

### **VOTO-VENCIDO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:** Senhora Presidente, a matéria é conhecida. A novidade é a mudança recente de orientação da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Mas o fato é que eu já votava assim no Tribunal de Justiça e tenho votado assim na Quinta Turma. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, até então, eram pacíficas nesse entendimento. A Sra. Ministra Cármen Lúcia até trazia um fundamento no sentido de que a confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem relação com a personalidade. Então, as posições estão firmadas.

Acolherei, claro, o entendimento da maioria, mas estou permanecendo na posição que vinha mantendo no Tribunal de Justiça, na 1ª Câmara, no sentido de que não há direito à compensação exata entre a reincidência e a confissão. As circunstâncias se compensam preponderando, em alguma medida, a reincidência sobre a confissão. Essa é a orientação que seguirei até que este Colegiado tenha uma posição diferente.

Rejeito os embargos de divergência.



# SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0149989-9      PROCESSO ELETRÔNICO      **EREsp 1.154.752 / RS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1003013455      200901845227      20500129177      70027395086      70030497937

PAUTA: 11/04/2012

JULGADO: 11/04/2012

### Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

### AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MAICHEL ANDRADE  
ADVOGADOS : HELENA MARIA PIRES GRILLO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS  
VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

### CERTIDÃO

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

Após o voto do Senhor Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator), acolhendo os embargos de divergência, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), e o voto divergente do Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze, os rejeitando, pediu vista o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Aguardam os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Og Fernandes. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS (2010/0149989-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
EMBARGANTE : MAICHEL ANDRADE  
ADVOGADOS : HELENA MARIA PIRES GRILLO - DEFENSORA PÚBLICA E  
OUTROS  
VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator): Trata-se de embargos de divergência no recurso especial opostos por MAICHEL ANDRADE, condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do Código Penal.

Apenas a fim de melhor delimitação do tema faz-se necessária uma síntese do conteúdo das decisões judiciais até aqui proferidas no presente processo.

O réu foi condenado em primeira instância pelo MM. Juízo que realizou a dosimetria da pena, reconhecendo uma condenação anterior como 'maus antecedentes' em sua primeira fase, assim aumentando a pena-base para 4 (quatro) anos e 3 (três) meses, para, na segunda fase, reduzi-la a 4 (quatro) anos em razão da confissão espontânea.

Em apelação, o eg. Tribunal *a quo* alterou a dosimetria da pena trazendo a pena-base para o patamar mínimo legal e considerando a condenação anterior transitada em julgado como reincidência na segunda fase, compensando-a, todavia, com a circunstância atenuante da confissão, razão pela qual foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial provido pela c. Quinta Turma para reconhecer a preponderância da circunstância agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, exasperando a reprimenda e fixando-a em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Diante do agravamento da medida corporal, a laboriosa Defensoria Pública apresentou o presente recurso alegando a divergência entre as teses jurídicas adotadas pelos Órgãos Fracionários desta terceira Seção, determinando que o feito fosse submetido a esta instância.

O eminente Ministro Relator acolheu os embargos para considerar



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

válida a compensação entre as circunstâncias atenuante e agravante, no que foi acompanhado pelo eminente Ministro Vasco Della Giustina.

Inaugurando a divergência, o eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze rejeitou os embargos, reconhecendo a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, mantendo o agravamento da pena.

Neste contexto, para melhor análise da tese, pedi vista dos autos.

Com efeito, posiciono-me filiado à tese adotada pelo eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, relator dos embargos.

Apenas como breves considerações, declino alguns argumentos que fundamentam meu entendimento pessoal.

A confissão espontânea traz ao processo uma série de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca.

Ela acarreta economia e celeridade processual pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão.

Também acrescenta seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal.

Ressalte-se, por oportuno, que o Código Penal apresenta antinomia de seus termos, ao prever que as circunstâncias favoráveis do art. 65 'SEMPRE' atenuam a pena, sem qualquer ressalva, e, em seguida, no art. 67, determina uma agravante que prepondera sobre as atenuantes.

Convém, ainda, observar a *quaestio* à luz da Constituição. A Carta Magna garante ao acusado o direito ao silêncio sem que tal escolha lhe cause qualquer prejuízo jurídico. Assim, a escolha do réu em confessar a conduta demonstra sua abdicação da proteção constitucional para praticar ato contrário ao seu interesse processual e criminal que deve ser devidamente valorado como demonstração de personalidade voltada à assunção de suas responsabilidades penais.

Por fim, entendo que fere a lógica que uma conduta amparada em diversas leis do sistema penal brasileiro, tais como a de Drogas, a dos Crimes Hediondos, a de Proteção a Testemunhas e Colaboradores e a de repressão às Organizações Criminosas, preveja sensível redução da pena para a 'chamada de corréu', assim considerada 'delação premiada', ao passo que a confissão realizada *sponte propria* não possa ser valorada diante da concorrência de outra circunstância agravante, tal como a reincidência.

O entendimento aqui adotado não apresenta inovação em minhas



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

convicções pessoais, pois tenho julgado neste sentido desde o longínquo ano de 2005, em minha Corte de origem, como de fato realizado nas Apelações n.º 5703/2005, n.º 2009.050.04606 e n.º 2009.050.06276, apenas a título exemplificativo.

Por tais fundamentos, acompanho o eminente Ministro Relator para acolher os embargos, restabelecendo o v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

É o voto.





## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS (2010/0149989-9)**

### **VOTO-VENCIDO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Senhora Presidente, acompanho a divergência inaugurada, para manter o meu entendimento que tem suporte na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, apesar do precedente isolado apontado pelo douto Relator, até então, a jurisprudência das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal eram pacíficas no sentido da preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea.

Fico, portanto, com a divergência.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS (2010/0149989-9)

VOTO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES:** Sra. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, embora reconheça que assiste razão ao Sr. Ministro Jorge Mussi, no sentido de que as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas duas Turmas, são para considerar preponderante a circunstância da reincidência diante da confissão espontânea.

Porém, essa matéria, em primeiro lugar, não é objeto de repercussão geral; segundo, é flutuante, porque não há decisões. As mais recentes realmente são nesse sentido, mas não é um pensamento uníssono, embora tenhamos decisões das duas turmas, mas sem a composição completa, mais recentemente. E, depois, essa posição é a que favorece, aqui, o réu, nessa situação.

Não se pode falar aqui em **habeas corpus** da decisão do tribunal. Neste caso, eventualmente, é recurso extraordinário, alguma coisa desse tipo, mas não há repercussão geral sobre isso, nem há, digamos assim, engessamento da tese que hoje – reconheço – é, neste momento, majoritária do Supremo Tribunal Federal.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.



**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.154.752 - RS (2010/0149989-9)**

**VOTO-DESEMPATE**

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:**

Na qualidade de Presidente da colenda Terceira Seção deste Tribunal Superior, ante o empate no julgamento dos presentes embargos de divergência em recurso especial, profiro voto de qualidade para o deslinde da insurgência.

O relator, nobre Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, acolheu os embargos, para reconhecer a possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Alinharam-se a tal posição os Ministros OG FERNANDES, VASCO DELLA GIUSTINA e ADILSON VIEIRA MACABU. Em sentido contrário, votaram os Ministros GILSON DIPP, LAURITA VAZ, MARCO AURÉLIO BELLIZZE e JORGE MUSSI.

Aderindo aos que seguiram o culto relator, esta Ministra desempatou a votação, com base nos argumentos abaixo apresentados.

Penso que a personalidade do agente é um universo amplo, com diversas peculiaridades a serem consideradas. Acredito até que ela pode ser valorada negativamente na fixação da pena-base, mas, à luz da confissão espontânea, apresentar peculiaridade nobre, de tal forma a, na segunda fase, repercutir, positivamente, no cômputo da pena.

Nesse diapasão, é possível colher da confissão dado decisivo da personalidade do agente:

"Não cremos que exista uma solução única. Tudo depende do caso concreto. Se a confissão espontânea for, de fato, fruto de uma personalidade amigável, de quem cometeu o crime em face um lamentável lapso, mas, moído pelo remorso, resolve colaborar com o Estado para a apuração de ocorrido, é viável considerar-se uma atenuante preponderante." (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 388).

E, cumpre aduzir, a atenuante em apreço genealogicamente se vincula à delação premiada que, em certos casos, conduz mesmo à isenção de pena (Conferir, neste sentido, DELMANTO, Celso, *et. al. Código penal comentado*. 7. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 216). Portanto, nos moldes da recente tendência político-criminal, deve-se, sim, reconhecer na atenuante em comento o seu devido grau de importância e a devida inserção no âmbito da personalidade, ombreando, pois, com a reincidência, nos moldes do art. 67 do Código Penal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deve-se, ainda, transcrever o precedente desta Sexta Turma, de relatoria do eminente Ministro Hamilton Carvalhido que, a despeito de tê-lo revisto - posteriormente - configura valiosa referência para a rediscussão que ora se propõe, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. ARTIGO 67 DO CÓDIGO PENAL. PREPONDERÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A confissão espontânea integra o elenco das atenuantes legais (artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal).

2. 'É no motivo e, não, na sua voluntariedade que se afere a espontaneidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena (Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea 'd').' (HC 13.286/MS, da minha Relatoria, in DJ 19/2/2001).

3. Trata-se a confissão espontânea de circunstância atenuante que diz com a personalidade do agente, tanto quanto a reincidência, não havendo ilegalidade qualquer em sua compensação em sede de individualização da pena, na exata razão de que, pelas suas naturezas, são causas preponderantes, à luz do artigo 67 do Código Penal.

4. Recurso especial improvido."

(REsp 565407/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 16.12.2003, DJ 16.02.2004 p. 364)

No âmbito da egrégia Sexta Turma, o tema tornou-se pacífico:

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA REFEITA. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A confissão, se levada em conta para a condenação, ainda que juntamente com outras provas, deve incidir como atenuante, sendo desinfluyente se foi parcial ou total, espontânea ou não." (HC 98.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 15/08/2011) 2. A Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser possível, na segunda fase de dosimetria da pena, promover a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, eis que ambas circunstâncias são preponderantes, nos termos do art. 67 do CP: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas conseqüências) e a segunda por expressa previsão legal.

3. Dosimetria da pena refeita.

4. Ordem parcialmente concedida, a fim de compensar a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência e, por conseguinte, redimensionar a sanção penal em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, 9 (nove) dias-multa, mantendo o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

(HC 229.489/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Julgado em 29/03/2012, DJe 11/04/2012

HABEAS CORPUS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO NA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. NECESSIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, é de rigor a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal quando a confissão - integral ou parcial, e ainda que retratada em juízo - é utilizada na condenação.

2. Consoante entendimento prevalente na Sexta Turma deste Tribunal é cabível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se inalterada a reprimenda na segunda etapa do critério trifásico.

3. Ordem concedida.

(HC 231.489/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012)

Trata-se, aliás, de posição com eco na Segunda Turma do Pretório Excelso:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

uma realidade única ou insimilável, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguiamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente.

(HC 101909, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Forte nesses argumentos, é imperioso acolher a insurgência.

Ante o exposto, com todo respeito à douta divergência, alinhando-se ao nobre relator, acolho os embargos de divergência.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0149989-9      PROCESSO ELETRÔNICO      EREsp 1.154.752 /  
RS  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1003013455      200901845227      20500129177      70027395086      70030497937

PAUTA: 11/04/2012

JULGADO: 23/05/2012

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

#### AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MAICHEL ANDRADE  
ADVOGADOS : HELENA MARIA PIRES GRILLO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS  
VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

#### CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) acompanhando o Relator, acolhendo os embargos de divergência, e o voto do Sr. Ministro Gilson Dipp, acompanhando a divergência, rejeitando os embargos, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz e pelo Sr. Ministro Jorge Mussi e após o voto-desempate da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acompanhando o Relator, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi, que os rejeitavam.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Og Fernandes e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente da Terceira Seção (em voto desempate) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi.

Não compunha a Seção à época da leitura do relatório a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).





**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.