



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.662 - RJ (2015/0248055-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FILIPE ARAUJO SALIDO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ROUBO SIMPLES**. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação. Súmula n. 545/STJ.

IV - A col. **Terceira Seção** deste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "*é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.*"

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 07 de junho de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.662 - RJ (2015/0248055-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de FILIPE ARAÚJO SALIDO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 18 (dezoito) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, **caput**, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal **a quo**, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO. Artigo 157, caput, do Código Penal. Condenação. RECURSO DEFENSIVO. Redução da pena- base ao mínimo legal, e redimensionamento, também, da pena de multa. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, compensando-se-a com a agravante da reincidência. Reconhecimento da tentativa.

1. Pena-base corretamente aplicada. Havendo pluralidade de condenações, o Magistrado poderá considerar uma das anotações, como maus antecedentes, com influência na fixação da pena-base, e outra como agravante genérica da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal, sem que isso configure bis in idem. A ocorrência deste fator somente se verifica, quando o Julgador se utiliza de uma mesma condenação para majorar a pena, tanto na primeira fase de fixação da reprimenda, quanto na segunda, o que, no caso, não ocorreu. Precedentes Jurisprudenciais.

2. Se a confissão é parcial no crime de roubo, porquanto não se realizou em relação à grave ameaça empregada, não há amparo à aplicação da atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal, que exige a admissão do crime, evidentemente envolvendo todas as circunstâncias elementares, no caso, a subtração do bem, e a violência ou a grave ameaça. Como não se reconheceu a referida minorante, prejudicado se mostra o pedido de compensação entre esta e a agravante da reincidência.

3. Se um dos bens subtraídos da vítima, qual seja, sua aliança, não foi recuperado, não há como reconhecer a forma tentada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo.

RECURSO DESPROVIDO" (fls. 56-57).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em breve síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena, uma vez que o Tribunal de origem desconsiderou a confissão parcial do paciente, não reconhecendo a atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal, e, conseqüentemente, não efetuou a compensação com a agravante da reincidência.

Requer, ao final, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a sua compensação com a agravante da reincidência.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 75-88.

O eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 93-100, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.662 - RJ (2015/0248055-1)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ROUBO SIMPLES**. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício.

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação. Súmula n. 545/STJ.

IV - A col. **Terceira Seção** deste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."*

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

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

No tocante ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"2ª FASE – O réu não confessou o fato descrito na denúncia, limitando-se a declarar que agiu sem violência e grava ameaça, ou seja, aduziu que praticou apenas o delito de furto. O réu é reincidente, conforme anotação nº 3 de as FAC, fls.57/63, onde há o registro de sentença condenatória com trânsito em julgado, no que elevo a pena em 08 (oito) meses, perfazendo 05 (cinco) anos de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa" (fl. 26).

Quanto ao tema, o v. acórdão combatido assim consignou, **verbis**:

" Em sede inquisitória, o réu manifestou o desejo de somente prestar declaração em Juízo (Doc. 00005 – p. 1) e, ao ser interrogado, informou que, tinha mesmo a intenção de roubar, mas em momento algum estava armado, tendo visto a vítima mexer no telefone, pelo que a única coisa que fez, foi 'meter a mão' no celular e correr. Asseverou que, não tinha consigo simulacro de arma de fogo, negando que tenha abordado a vítima e indicado um volume em sua cintura. Aduziu que, chegou a ver a arma de brinquedo, mas não estava com ela (Doc. 00136 - p. 3 - mídia audiovisual)" (fl. 58).

[...]

"Observe-se que, ao ser interrogado, o acusado negou o emprego de grave ameaça ou violência, informando que não estava armado e também não tinha simulacro de arma de fogo, afirmando não ser verdade que tenha abordado a vítima, indicando um volume em sua cintura, já que a única coisa que teria feito foi 'meter a mão' no celular dela e sair correndo (Doc. 00136 - p. 3 - mídia audiovisual).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, é evidente que a confissão foi parcial, já que não a houve em relação à ameaça empregada, inviabilizando a aplicação do artigo 65, III, d, do Código Penal, que exige a confissão de autoria do crime, que no caso é de roubo, não bastando a admissão da subtração do bem, que configura outro delito, o de furto.

Desta forma, não há amparo à pretendida compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, eis que esta não restou reconhecida" (fls. 65-66).

Logo, o eg. Tribunal de origem reconheceu a confissão parcial, mas não concedeu a respectiva atenuante.

Todavia, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

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

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.

2. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

[...]

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

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS DO CONCURSO DE AGENTES E DE USO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO DA PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONCURSO FORMAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO - QUANTIDADE DE INFRAÇÕES.

[...]

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

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

[...]

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

Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula n. 545/STJ: "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."

Portanto, tendo sido a confissão, ainda que parcial, utilizada para formar a convicção do julgador, deve ela ser considerada como circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena.

Quanto à compensação entre a confissão e a reincidência, cumpre registrar que a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento no sentido de ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Nesse sentido é o acórdão oriundo da Terceira Seção que, em sede de recurso especial repetitivo, consignou:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE.

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

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

Portanto, verifica-se que o v. acórdão combatido **está em confronto** com o entendimento firmado por este eg. Tribunal Superior, razão pela qual deve ser realizada a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.

Desse modo, fixada a pena-base do paciente em **4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, e 14 (quatorze) dias-multa, na segunda fase, não há alteração na pena, porquanto compensadas a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

Entretanto, **concedo a ordem de ofício** para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para **4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, e 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0248055-1

HC 337.662 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01448583420148190001 1448583420148190001

EM MESA

JULGADO: 07/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FILIPE ARAUJO SALIDO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

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

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

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