



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 418.255 - SP (2017/0250495-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI HENRIQUE DA COSTA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **ROUBO (ART. 157 § 1º, CP)**. DOSIMETRIA. 2ª FASE. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. 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).

III - Em relação à incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, 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. Precedentes.

IV - 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"*.

V - Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois a col. **Terceira Seção** deste **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"*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea com a agravante da reincidência"

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para redimensionar ao pena ao patamar de **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

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 Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 418.255 - SP (2017/0250495-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI HENRIQUE DA COSTA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de VANDERLEI HENRIQUE DA COSTA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação Criminal n. 0009278-76.2016.8.26.0224.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 12 (doze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 1º, do Código Penal (fls. 10-17).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO IMPRÓPRIO Pleito de desclassificação para o crime de furto Impossibilidade Materialidade, autoria e emprego de grave ameaça comprovados Palavra da vítima à qual se confere relevo probatório Penas bem dosadas Réu portador de maus antecedentes e reincidente Confissão parcial ou qualificada que não se presta como atenuante Precedente do STF Regime inicial fechado único adequado Inteligência do art. 33, §2.º, 'b', e §3.º, do CP Art. 387, §2.º, cuja aplicação compete ao Juízo da Execução Sentença integralmente mantida. Recurso desprovido" (fl. 39).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante requer, em síntese, o redimensionamento da pena do paciente, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea e compensando-a integralmente com a agravante da reincidência.

Para tanto, sustenta, que "[...] embora tenha fundamentado sua condenação, *inter alia*, na confissão do paciente, o juiz sentenciante não a aplicou para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuar a pena, com fundamento de que esta não foi integral" (fl. 2).

Menciona, ademais, que "O paciente confirmou a subtração, o que torna indispensável o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. O entendimento do Juízo ordinário não se coaduna com a orientação pacífica deste Superior Tribunal de Justiça" (fl. 4).

Aduz, ainda, que "Não existe hierarquia entre as circunstâncias do art. 67, do Código Penal. Assim, é plenamente possível a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a reincidência. Há muito este Superior Tribunal de Justiça decide desta forma" (fl. 5).

Afirma, também, que "A matéria foi decidida por este Superior Tribunal de Justiça na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, ou seja, a questão foi julgada em sede de recurso repetitivo" (fl. 6).

Requer, por isso, a concessão da ordem para que seja reconhecida a presença da atenuante da confissão espontânea e, por fim, compensada a reincidência com a confissão, integralmente.

Informações prestadas às fls. 54-55.

O Ministério Público Federal, às fls. 83-85, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e pela concessão da ordem para que seja redimensionada a pena do paciente. Parecer sem ementa:

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 418.255 - SP (2017/0250495-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI HENRIQUE DA COSTA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **ROUBO (ART. 157 § 1º, CP)**. DOSIMETRIA. 2ª FASE. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. 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).

III - Em relação à incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Precedentes.

IV - 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*".

V - Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois a col. **Terceira Seção** deste **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*".

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para redimensionar ao pena ao patamar de **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o reconhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância atenuante da confissão espontânea, bem como sua compensação integral com a agravante da reincidência.

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 e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs a r. sentença condenatória, notadamente no que diz respeito a confissão parcial do réu:

*"Bem sopesados os elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, fixo a pena base em 1/6 acima do mínimo legal, consistente em 4 (quatro) anos e 8 meses de reclusão, considerando maus antecedentes, o comportamento e personalidade desviados, corroborados pelos registros criminais, **inclusive condenação (fls 171/176, tráfico e roubo Pereira Barreto, porte de arma) excluída para fins de reincidência, a fim de evitar bis in idem. Na segunda fase, tal agravante (fls 112 cc 171 furto não cumprido há mais de 5 anos) eleva em 1/6 a pena, alcançando 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, além de 12 dias-multa. Não é compensada porque não houve confissão plena**"* (fl. 16, grifei).

O eg. Tribunal de origem manteve a negativa de reconhecimento da confissão parcial com base nos seguintes fundamentos, **in verbis**:

"Não há que se falar em aplicação da atenuante da confissão espontânea, porque o réu, embora tenha admitido a subtração, negou o emprego de violência, em nítida intenção de mitigar sua responsabilidade, tratando-se, portanto, da famigerada confissão parcial ou qualificada, que não se mostra apta a configurar a pretendida atenuante" (fl. 43).

Verifica-se dos trechos acima transcritos que a confissão parcial do réu foi utilizada pelas instâncias ordinárias para fundamentar o édito condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Oportuno ressaltar, sobre o tema, que 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.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 65, III, D, E 67, AMBOS DO CP. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. TEMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA.

1. *Se o Tribunal, ao apreciar a apelação, utiliza a confissão como fundamento para manter a sentença condenatória, faz o acusado jus à atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que a ela não tenha se reportado expressamente o Julgador de primeiro grau. Aplicação da Súmula 545/STJ.*

2. *É descabida a apreciação de matéria constitucional em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.*

3. *Agravo regimental improvido"* (AgRg no REsp n. 1.606.166/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 13/9/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, grifei).

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*".

Por outro lado, uma vez reconhecida a atenuante, deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois a col. **Terceira Seção** deste **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*". Eis a ementa do referido julgado:

"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 n. 1.341.370/MT, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/4/2013).

Desse modo, evidenciada flagrante ilegalidade, o reconhecimento e a compensação entre as referidas circunstâncias é medida que se impõe.

Passo ao redimensionamento da pena:

Fixada a pena-base acima do mínimo legal em 4 (quatro) e 8 (oito) meses de reclusão e compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, fica a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda definitivamente estabelecida em **4 (quatro) e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa**, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição na terceira fase da dosimetria.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para redimensionar a reprimenda do paciente para **4 (quatro) e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa**, mantido os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0250495-3

HC 418.255 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00092787620168260224 20170000569353 92787620168260224

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIAES BICALHO - RJ0162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI HENRIQUE DA COSTA

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 Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.