



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.300 - SP (2012/0152445-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : ODAIR MARINHO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ODAIR MARINHO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFESSÃO ESPONTÂNEA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que ausente o requisito da espontaneidade, deve ser considerada para atenuar a pena, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação.
3. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena definitiva a 14 anos de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 13 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.300 - SP (2012/0152445-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : ODAIR MARINHO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ODAIR MARINHO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ODAIR MARINHO DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal, à pena de 14 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Irresignadas, ambas as partes recorreram. Ao apelo defensivo foi negado provimento, sendo, contudo, as razões ministeriais acatadas para reconhecer a agravante do art. 61, II, "e", do Código Penal, fixando-se a pena definitiva em 16 anos e 8 meses de reclusão.

Neste *writ*, o impetrante sustenta que a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que de forma parcial.

Indeferida a liminar à fl. 26 e prestadas informações às fls. 30/40.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento do *writ* (fls. 43/45).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.300 - SP (2012/0152445-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Busca-se, em síntese, o redimensionamento da pena do paciente em virtude da apontada ilegalidade no não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

O Tribunal de origem assim manifestou-se sobre o tema (fls. 14):

Logo após a prática do delito o apelante fugiu de Santos, no Estado de São Paulo e só foi preso dois meses depois na cidade de Ouro Fino, no Estado de Minas Gerais (fls. 139).

De tal sorte, a confissão do apelante não pode ser classificada de espontânea e não configura atenuante, pois na realidade, somente confessou a prática do delito perante a autoridade policial depois de preso, após ter fugido, não se podendo reconhecer espontaneidade de seu ato.

Ademais, acaso fosse reconhecida a confissão não teria influência alguma na pena, já que a básica foi aplicada no mínimo legal de doze anos de reclusão (Súmula 231, do STJ).

Assim, no tocante ao pretendido reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, evidencia-se que a origem afastou a sua incidência com base na ausência de espontaneidade para a configuração da redução, conforme transcrição supra.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que ausente o requisito da espontaneidade, deve ser considerada para atenuar a pena, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação.

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

3. *Redimensionada a reprimenda final do paciente, reincidente, é possível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento de pena, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência da Súmula n. 269 do STJ.*

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 310.019/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015). (com destaques)*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. MOMENTO CONSUMATIVO. PRESCINDIBILIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES. ADOÇÃO DA TEORIA DA AMOTIO. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SÚMULA 269 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

2. *Os Tribunais Superiores adotaram a teoria da apprehensio, também denominada de amotio, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desvigiada.*

3. *No caso em exame, mostra-se incontroverso que o crime de roubo foi consumado porque houve inversão da posse e o bem subtraído chegou*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a ser retirado da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que por curto período de tempo.

4. 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.

5. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

6. Sendo estabelecida pena de 4 (quatro) anos a réu reincidente, bem como favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, consoante dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal e a Súmula 269 do STJ, o regime deve ser o semiaberto.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecida a violação ao artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, reduzir a pena para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação (HC 181.003/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014) (com destaques)

Consigne-se que, a despeito de que o Tribunal ter pontuado que a confissão não teria influência alguma na pena, já que a básica foi aplicada no mínimo legal de doze anos de reclusão (Súmula 231, do STJ), não é esta a conclusão que se extrai dos autos. Isso porque, ao julgar a apelação interposta pelo Ministério Público, a Corte estadual majorou a pena aplicada ao paciente, tanto para deslocar uma das qualificadoras do crime para a segunda fase de dosimetria quanto para reconhecer a circunstância agravante prevista no art. 61, II, e, do Código Penal.

É cediço que, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a observância de atenuante surte efeito sobre o cálculo da pena, pois poderá ser compensada com uma das agravantes, reduzindo, assim, a reprimenda definitiva.

Passo, assim, ao redimensionamento das penas:

A pena-base foi fixada no mínimo legal para o delito previsto no art. 121, §2º, III, do Código Penal, ou seja, 12 (doze) anos de reclusão.

Na segunda fase de dosimetria, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante de o crime ter sido cometido contra cônjuge. Mantendo o critério de proporcionalidade estabelecido pela Corte *a quo* — 1/6 —, em virtude do deslocamento da qualificadora (surpresa - art. 121, § 2º, IV do Código Penal) para a segunda fase, fixo a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva em 14 anos de reclusão, à míngua de majorantes e minorantes.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*. Concedo, no entanto, a ordem de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena definitiva a 14 anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0152445-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 249.300 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 43383420108260562

EM MESA

JULGADO: 13/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ODAIR MARINHO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ODAIR MARINHO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.