



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.812 - SP (2015/0259558-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ REINALDO DE OLIVEIRA FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03). DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PRÁTICA DELITIVA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

2. Assim, tendo o paciente confessado o crime extrajudicialmente, merece ser concedida a ordem para reconhecer a incidência da referida atenuante.

COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. READEQUAÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao examinar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS, firmou o entendimento de que, por serem igualmente preponderantes, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, devendo, contudo, o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

2. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena para **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, 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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.812 - SP (2015/0259558-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ REINALDO DE OLIVEIRA FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOSÉ REINALDO DE OLIVEIRA FERREIRA contra acórdão proferido pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0062530-67.2011.8.26.0224, mantendo a sentença que o condenou à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, mesmo que não tenha sido repetida em juízo, já que foi utilizada como fundamento para a condenação, em consonância com o entendimento predominante dos Tribunais Superiores.

Alega que a agravante de reincidência deveria ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja reconhecida a atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, com a consequente compensação com a agravante da reincidência.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.812 - SP (2015/0259558-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, porque:

"[...] no dia 15 de setembro de 2011, por volta das 17h50min, na Avenida Guarulhos, 2300, Ponte Grande, nesta cidade e Comarca, JOSÉ REINALDO DE OLIVEIRA FERREIRA e JOÃO FRANCISCO DOS SANTOS, qualificados as fls. 20 e 35, respectivamente, traziam consigo arma de fogo de uso restrito, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme se apurou, os denunciandos ocupavam o veículo VW/Gol, placas DPS-0211 na posse de um revólver da marca "Taurus", calibre .32, com numeração suprimida e dois cartuchos Íntegros, sem autorização para tanto (e-STJ fl. 9).

Não se conformando, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantida a sentença condenatória na íntegra.

No que se refere ao pretendido reconhecimento da confissão espontânea, constata-se a existência de ilegalidade a ensejar a incidência, na espécie, da atenuante prevista no art. 65, inciso III, *d*, do CP, pois da leitura dos autos verifica-se que, embora tenha sido levada em consideração para condenar o paciente pelo delito de porte de arma de fogo de uso restrito, deixaram as instâncias de origem de sopesá-la na aplicação da pena.

Com efeito, vê-se, da sentença, que o magistrado singular assim se manifestou quanto à autoria do delito:

"Já quanto ao corréu José, a despeito de sua retratação judicial, também não há como deixar de reconhecer que a prova é segura no sentido de que a arma também lhe pertencia, isto porque, além de sua confissão extrajudicial nesse sentido, há ainda as declarações do acusado João. afirmando que a arma pertencia a ambos, os quais adquiriram o armamento para segurança pessoal e para prática de roubos, pagando metade cada um, não havendo também razão para considerar que tal afirmação fosse falsa" (e-STJ fls. 14-15)

Por ocasião do julgamento do recurso de apelação, a Corte Estadual assim se decidiu acerca da referida atenuante:

"Da mesma forma, correta a majoração das reprimendas de JOSÉ de 1/6, em razão das circunstâncias do delito já destacadas alhures. A seguir, presente a agravante da reincidência (fl. 14 - que, ao reverso do que se aventou, diz respeito a fatos recentes e imputados ao acusado), foram acrescidas de mais 1/6, perfazendo, assim, quatro anos e um mês de reclusão e doze dias-multa, no valor unitário mínimo, não se cogitando de redução com esteio na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante da confissão espontânea porquanto ele negou em audiência a prática ilícita" (e-STJ fl. 23).

Cumpra asseverar que o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, foi total ou parcial, **ou mesmo se houve retratação posterior.**

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. OBRIGATORIEDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ENVOLVIMENTO COM O CRIME ORGANIZADO. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGAS. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzir a pena do paciente para 6 anos e 4 meses de reclusão e 630 dias-multa, mantidas as demais cominações da condenação".

(HC 282.343/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. Este Superior Tribunal possui o entendimento no sentido de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação.

[...]

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, reduzindo a reprimenda do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa.

(HC 289.943/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

Assim, tendo o paciente confessado a autoria do delito em sede policial – como reconhecido pelas instâncias de origem –, mostra-se irrelevante o fato de haver retratado em juízo a versão dos fatos, anteriormente narrados, para fins de reconhecimento e incidência da atenuante do art. 65, III, d, do CP, pois a confissão foi utilizada para embasar a condenação.

Dessa forma, merece ser concedida a ordem nesse ponto para aplicar em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, pois vedada pelo Tribunal de origem apenas pelo fato de ter sido extrajudicial.

No que diz respeito à possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, observou-se, de início, discordância contemporânea entre as Turmas que julgam a matéria Criminal nesta Corte Superior, em especial acerca da interpretação/alcance do art. 67 do Código Penal.

No entanto, no julgamento do EResp-1.154.752/RS, foi a matéria enfrentada pela 3ª Seção desta Corte Superior. A propósito, eis a ementa do julgado:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (EREsp-1.154.752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 23/5/12).*

Sendo assim, prevaleceu o entendimento de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

Portanto, consoante o entendimento acerca do tema, impõe-se a concessão da ordem para que seja realizada a compensação e, consequentemente, reduzida a pena no mesmo montante utilizado para elevar a sanção pela agravante da reincidência.

Pela leitura do acórdão impugnado, tem-se que a pena-base foi fixada pelas instâncias de origem em 1/6 acima do mínimo legalmente previsto, isto é, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a qual foi aumentada em 1/6, em razão da reincidência, não tendo sido valorada a confissão do paciente, conforme se observa do seguinte excerto:

*Da mesma forma, correta a majoração das reprimendas de JOSÉ de 1/6, em razão das circunstâncias do delito já destacadas alhures. A seguir, presente a agravante da reincidência (fl. 14 - que, ao reverso do que se aventou, diz respeito a fatos recentes e imputados ao acusado), foram acrescidas de mais 1/6, perfazendo, assim, quatro anos e um mês de reclusão e doze dias-multa, no valor unitário mínimo, **não se cogitando de redução com esteio na atenuante da confissão espontânea porquanto ele negou em audiência a prática ilícita**" (e-STJ fl. 23).*

Desse modo, reconhecida a confissão espontânea do paciente, mostra-se necessária sua compensação com a agravante de reincidência.

Assim, passando-se à nova dosimetria, tem-se que a reprimenda, na segunda fase, deve permanecer em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em razão da compensação entre a atenuante e a agravante mencionadas, a qual torna-se definitiva à mingua de outras causas modificativas da pena.

Por fim, convém destacar que, não obstante a pena final tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosada abaixo de 4 (quatro) anos, não há falar em abrandamento do regime inicial, tampouco em substituição por restritivas de direitos, haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável, a qual motivou a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de redimensionar a reprimenda para **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, mantidos os demais termos do acórdão condenatório.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0259558-1

HC 338.812 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00625306720118260224 20150000607684 20342011 625306720118260224

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSÉ REINALDO DE OLIVEIRA FERREIRA (PRESO)
CORRÉU	: JOÃO FRANCISCO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.