



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.340 - RJ (2010/0109228-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO ANTUNES OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. EXAME MINUCIOSO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. CONFISSÃO QUALIFICADA. DESCABIMENTO DA COMPENSAÇÃO. HIPÓTESE FÁTICA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe 19.9.2012.

– A Eg. Terceira Seção, após o julgamento do EREsp 1.154752/RS, consolidou o entendimento de que não existe preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

– *In casu*, impossível o reconhecimento de aplicação da atenuante da confissão espontânea, uma vez que existe divergência sobre sua ocorrência. De acordo com a sentença, o paciente não teria confessado o delito, mas, segundo, o entendimento do Tribunal de origem, teria havido confissão na modalidade qualificada. Para afastar essas conclusões, seria necessário um minucioso exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

– Esta Corte Superior adota o posicionamento de que a denominada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do Código Penal.

– Incabível a compensação entre a agravante da reincidência e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante da confissão espontânea, visto que esta última não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Habeas Corpus não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de outubro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.340 - RJ (2010/0109228-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO ANTUNES OLIVEIRA

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Carlos Roberto Antunes Oliveira, contra acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, em concurso formal, à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 108 (cento e oito) dias-multa, no valor mínimo legal. Contra a decisão foi interposta apelação que restou parcialmente provida para reduzir a pena para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, nos termos da seguinte ementa, no que interessa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. Sentença que condenou o apelante por infração ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, à pena de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, em regime inicialmente fechado. Recurso defensivo (fls. 295/310, que postula, em síntese: Preliminarmente, a declaração de nulidade do feito, a partir do aditamento da denúncia, por inobservância do art. 384, §2º, do Código Penal. Não obstante, pugna pela declaração de nulidade da sentença, sob o argumento de que a circunstância majorante do roubo, descrita no § 2º, inciso V, foi objeto de arquivamento implícito, já que não relatado na inicial acusatória. No mérito, obsecra a absolvição, nos termos do art. 386, VI do CPP, ante a excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal. Subsidiariamente, requer seja a pena-base fixada no mínimo legal, nos termos do art. 59 do Código Penal; aplicado ao caso a circunstância atenuante específica prevista no art. 65, III do Código Penal; e a circunstância atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal, em virtude da manifesta vulnerabilidade do acusado. [...]. No mérito, no tocante ao pedido de absolvição na forma do art. 386, VI do CPP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ante a excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal, não medra a tese defensiva. [...]. Entretanto, quanto à pena aplicada devem ser feitas algumas considerações. Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz sentenciante utilizou como circunstâncias judiciais duas causas de aumento que deveriam ser implementadas na terceira fase da dosimetria da pena. Razão pela qual não são idôneas para aumentar a pena-base. Da mesma forma, a anotação (CAC fl. 245) por crime transitado em julgado anteriormente ao delito em tela foi considerada na segunda fase como circunstância agravante, sob pena de *bis in idem*. De outro vértice, impossível o reconhecimento da atenuante específica prevista no art. 65, III, 'd' do Código Penal. O apelante ao confessar a prática do delito (fls. 159/161) não o fez em sua plenitude. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência vem considerando este tipo de confissão, qualificada, como inidônea e insuficiente para configurar a circunstância atenuante genérica prevista inciso III, alínea 'd' do artigo 65 do Código Penal. [...] À conta de tais considerações, atenta ao disposto no artigos 59 e 68 do Código Penal, passo à dosimetria da pena: Fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. A seguir, à falta de circunstâncias atenuantes, agravo a reprimenda pela reincidência (CAC fls. 245) em 1/6, a qual resta fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Considerando que o juízo sentenciante considerou na terceira fase da dosimetria da pena tão-somente a majorante pelo concurso de pessoas (inciso II), mantenho tal fração (1/3) porque não houve recurso do Ministério Público, restando fixada nesta fase em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 14 (quatorze) dias-multa. Ao final considerando o concurso formal homogêneo, aumento a reprimenda de 1/6, tendo em vista que foram dois os patrimônios afetados, restando a pena então acomodada em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa. O regime inicial para o cumprimento da pena será o inicialmente fechado, na forma do art. 33 § 2º, alínea a, do Código Penal. **RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO**, para condenar o apelante a 07 (sete), 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, em regime inicialmente fechado" (fls. 48-50).

No presente *writ*, o impetrante alega existir ilegalidade na decisão proferida, porque não foi aplicada a atenuante da confissão espontânea. Sustenta que tal atenuante deve incidir sempre que o acusado confessar, nos termos do art. 65, II, alínea "d" do Código Penal. Acrescenta que não existe na legislação a denominada confissão qualificada. Explica que a lei não previu a confissão total ou parcial, com justificação ou sem, pois assevera que "confissão é confissão" (fl. 2). Sustenta que, *in casu*, cabe a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Pugna, assim, pela aplicação da atenuante da confissão, bem como sua compensação com a agravante da reincidência.

A liminar foi indeferida às fls. 68-69.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações às fls. 80-116.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 120-123, opinou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.340 - RJ (2010/0109228-9)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Carlos Roberto Antunes Oliveira, contra acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, em concurso formal, à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 108 (cento e oito) dias-multa, no valor mínimo legal. Contra a decisão foi interposta apelação que restou parcialmente provida para reduzir a pena para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, nos termos da seguinte ementa, no que interessa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. Sentença que condenou o apelante por infração ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, à pena de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, em regime inicialmente fechado. Recurso defensivo (fls. 295/310, que postula, em síntese: Preliminarmente, a declaração de nulidade do feito, a partir do aditamento da denúncia, por inobservância do art. 384, §2º, do Código Penal. Não obstante, pugna pela declaração de nulidade da sentença, sob o argumento de que a circunstância majorante do roubo, descrita no § 2º, inciso V, foi objeto de arquivamento implícito, já que não relatado na inicial acusatória. No mérito, obsecra a absolvição, nos termos do art. 386, VI do CPP, ante a excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal. Subsidiariamente, requer seja a pena-base fixada no mínimo legal, nos termos do art. 59 do Código Penal; aplicado ao caso a circunstância atenuante específica prevista no art. 65, III do Código Penal; e a circunstância atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal, em virtude da manifesta vulnerabilidade do acusado. [...]. No mérito, no tocante ao pedido de absolvição na forma do art. 386, VI do CPP, ante a excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal, não medra a tese defensiva. [...]. Entretanto, quanto à pena aplicada devem ser feitas algumas considerações. Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz sentenciante utilizou como circunstâncias judiciais duas causas de aumento que deveriam ser implementadas na terceira fase da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Razão pela qual não são idôneas para aumentar a pena-base. Da mesma forma, a anotação (CAC fl. 245) por crime transitado em julgado anteriormente ao delito em tela foi considerada na segunda fase como circunstância agravante, sob pena de *bis in idem*. De outro vértice, impossível o reconhecimento da atenuante específica prevista no art. 65, III, 'd' do Código Penal. O apelante ao confessar a prática do delito (fls. 159/161) não o fez em sua plenitude. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência vem considerando este tipo de confissão, qualificada, como inidônea e insuficiente para configurar a circunstância atenuante genérica prevista inciso III, alínea 'd' do artigo 65 do Código Penal. [...] Á conta de tais considerações, atenta ao disposto no artigos 59 e 68 do Código Penal, passo à dosimetria da pena: Fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. A seguir, à falta de circunstâncias atenuantes, agravo a reprimenda pela reincidência (CAC fls. 245) em 1/6, a qual resta fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Considerando que o juízo sentenciante considerou na terceira fase da dosimetria da pena tão-somente a majorante pelo concurso de pessoas (inciso II), mantenho tal fração (1/3) porque não houve recurso do Ministério Público, restando fixada nesta fase em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 14 (quatorze) dias-multa. Ao final considerando o concurso formal homogêneo, aumento a reprimenda de 1/6, tendo em vista que foram dois os patrimônios afetados, restando a pena então acomodada em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa. O regime inicial para o cumprimento da pena será o inicialmente fechado, na forma do art. 33 § 2º, alínea a, do Código Penal. **RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO**, para condenar o apelante a 07 (sete), 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, em regime inicialmente fechado" (fls. 48-50).

No presente *writ*, o impetrante alega existir ilegalidade na decisão proferida, porque não foi aplicada a atenuante da confissão espontânea. Sustenta que tal atenuante deve incidir sempre que o acusado confessar, nos termos do art. 65, II, alínea "d" do Código Penal. Acrescenta que não existe na legislação a denominada confissão qualificada. Explica que a lei não previu a confissão total ou parcial, ou com justificção ou sem, pois assevera que "confissão é confissão" (fl. 2). Sustenta que, *in casu*, cabe a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Pugna, assim, pela aplicação da atenuante da confissão, bem como sua compensação com a agravante da reincidência.

Passo à análise da irresignação recursal.

Inicialmente, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, **passou a adotar orientação no sentido**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

"*HABEAS CORPUS* – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012.) "

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, **a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal"**. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

"A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal."

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

"Como a não admissão do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de *habeas corpus* de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade."

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

"EMENTA *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. *Habeas corpus* rejeitado" (HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'*

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, *'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.*

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido" (HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe 19.9.2012).

Na hipótese dos autos, não resta configurada nenhuma ilegalidade manifesta.

De fato, é consabido que a Eg. Terceira Seção, após o julgamento do EREsp nº 1.154.752/RS, consolidou o entendimento de que não existe preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias. A propósito, segue o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, quando a fixação da pena-base, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. 2. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

3. *Habeas corpus* denegado. *Habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de, afastando a preponderância da reincidência sobre a confissão, fixar a pena em 9 anos de reclusão, no regime fechado" (HC 232.914/DF, QUINTA TURMA, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 14.9.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, no entanto, quando da prolação da sentença ficou claro que o paciente não confessou o delito, não incidindo, assim, a atenuante da confissão espontânea. Confira-se:

"Não há de se reconhecer nenhuma atenuante no que tange à culpabilidade deste réu que não era menor de vinte e um anos, à época da infração, nem confessou ter praticado o delito, nem tampouco, cometeu como tentou fazer entender a defesa, que agiu sob coação sequer alguma a que pudesse resistir" (fl. 29).

A Corte *a quo*, por seu turno, entendeu não ser caso de incidência da atenuante da confissão espontânea, por se tratar de confissão qualificada, conforme se vê do seguinte trecho:

"De outro vértice, impossível o reconhecimento da atenuante específica prevista no art. 65, III, 'd' do Código Penal. O apelante ao confessar a prática do delito (fls. 159/161) não o fez em sua plenitude.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência vem considerando este tipo de confissão, qualificada, como inidônea e insuficiente para configurar a circunstância atenuante genérica prevista inciso III, alínea 'd' do artigo 65 do Código Penal" (fl. 59).

Dessa forma, impossível o reconhecimento de aplicação da atenuante da confissão espontânea, uma vez que existe divergência sobre sua ocorrência. De acordo com a sentença, o paciente não teria confessado o delito, mas, segundo, o entendimento do Tribunal de origem, teria havido confissão na modalidade qualificada. Consta-se assim que, para afastar essas conclusões, seria necessário um minucioso exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido, segue o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV DA LEI 10.826/03. PENA TOTAL: 13 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO COM A REINCIDÊNCIA NO DELITO DE TRÁFICO. ART. 67 DO CPB. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXAME APROFUNDADO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A pretensão de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência não se afigura possível, a teor do art. 67 do CPB. Precedentes.

2. Quanto ao delito de associação para o tráfico (art. 14 da Lei 6.368/76), consignou a sentença condenatória que não houve confissão. Assim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para se afastar essa conclusão, é imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do *Habeas Corpus*.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada" (HC 184.015/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 22.11.2010).

Ademais, esta Corte Superior adota o posicionamento de que a denominada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do Código Penal. A propósito:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. CONFISSÃO QUALIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. RÉU QUE ALEGA TER AGIDO EM LEGÍTIMA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal").

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Hipótese na qual o réu negou o *animus necandi*, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconheceu apenas ter perpetrado a conduta que resultou em óbito, porém afirmou ter agido em legítima defesa, movido por injusta provocação da vítima.

VI. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a chamada confissão qualificada não resulta em redução da pena imposta ao réu, pois o acusado agregou elemento que afastaria a antijuridicidade da conduta, a teor do art. 23, II, do Código Penal, tendo negado, de fato, a prática de crime e o dolo.

VI. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do mandamus, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.

VII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator" (HC 211.294/MS, QUINTA TURMA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 1º.8.2012).

Por fim, não é cabível, portanto, a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, visto que esta última não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, não conheço da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0109228-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 176.340 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1124220098190068 20090680001112

EM MESA

JULGADO: 04/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO ANTUNES OLIVEIRA
CORRÉU : ILTON CARLOS LOPES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.