



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.397 - SP (2015/0161891-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WANDER JOSÉ DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Nos termos da Súmula 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*.

– Hipótese em que, mesmo parcial, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo, no caso, incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal em favor do ora paciente.

– No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que 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.

– Contudo, no caso em tela, ressaí da análise da folha de antecedentes que o paciente é reincidente específico, circunstância que justifica a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação entre elas, motivo pelo qual é de ser mantida a fração de 1/6 escolhida pelas instâncias de origem. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reconhecer a atenuante da confissão, sem repercussão, todavia, na pena aplicada.

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

Brasília (DF), 06 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.397 - SP (2015/0161891-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WANDER JOSÉ DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de WANDER JOSÉ DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0034344-66.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 dias-multa, como incurso no art. 157, *caput*, c/c o art. 61, inciso I, ambos do Código Penal (fls. 21/24).

No presente *writ* (fls. 1/8), alega a impetrante, em suma, a ocorrência de constrangimento ilegal porque, embora o paciente tenha confessado o delito, não foi reconhecida a atenuante da confissão. Afirma, ainda, que, presente a reincidência, as duas circunstâncias (confissão e reincidência) são igualmente preponderantes, de modo que devem ser compensadas integralmente e, em decorrência, afastado o acréscimo de 1/6 implementado na segunda fase da dosimetria.

Pede, assim, liminarmente e no mérito, a redução da pena do paciente, nos termos da fundamentação acima.

Pedido liminar indeferido (fls. 51/53).

Informações prestadas às fls. 62/85.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento da ordem (fls. 96/99).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.397 - SP (2015/0161891-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa o reconhecimento da atenuante da confissão e a compensação desta com a reincidência, reduzindo-se, em consequência, a pena aplicada.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se no 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.

Em relação à atenuante da confissão, cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, é incabível o afastamento da respectiva atenuante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa esteira, há o enunciado da Súmula 545/STJ, segundo o qual:

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.

Na espécie, o sentenciante não reconheceu a confissão. Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 38/39 e fls. 42/43):

A autoria é certa.

Na fase inquisitiva, o réu permaneceu calado (fl. 07).

Em Juízo, confessou a autoria delitiva. Disse que praticou o roubo, mas não estava armado, apenas simulou. Foi preso a uma quadra de onde desceu do ônibus (fl. 93).

Sua confissão veio corroborada pela prova colhida.

(...)

Não há como reconhecer a atenuante da confissão, como pretende a defesa.

Embora o réu tenha confessado o delito de roubo, no entendimento deste Relator, é certo que a agravante da reincidência é preponderante.

Pela leitura do excerto acima transcrito, observa-se que, mesmo parcial, pois o acusado confessou o roubo, mas negou o emprego da arma, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo, no caso, incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal em favor do ora paciente. Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM REINCIDÊNCIA.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.

2. É devida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que 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. A propósito, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), ainda que parcial, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 8 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório. (HC 307.538/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016) - grifei.

No caso, infere-se que a pena-base foi exasperada em 1/6 acima do mínimo legal com lastro nos maus antecedentes do acusado. Na segunda etapa, reconhecida a reincidência, agravou-se a pena em 1/6, a qual atingiu o montante definitivo de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão (fl. 23).

Da leitura da folha de antecedentes do ora paciente (fls. 74/85), constata-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, embora presentes três condenações definitivas, apenas uma delas é apta a configurar a reincidência, sendo que todas elas tratam de delitos contra o patrimônio.

Em decorrência, sendo o paciente reincidente específico, há circunstância que justifica a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação, tal como pleiteado no presente writ, motivo pelo qual deve ser mantida a fração de aumento 1/6 escolhida pelas instâncias de origem, por ser proporcional e razoável à espécie. Nessa linha:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Se a confissão do réu 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 do Resp n. 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou 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. A compensação, no entanto, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência.

3. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a reincidência específica do réu.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, sem reflexo na dosimetria da pena imposta ao paciente. (HC 345.395/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 25/04/2016) - grifei.

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CRIME. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Consoante julgamento da Terceira Seção desta Corte Superior, sob o rito dos recursos repetitivos, em sede do EREsp 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento no sentido da possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, dependendo das circunstâncias concretas de reprovação. Malgrado ter sido confissão do réu efetivamente valorada em sentença, influenciando no convencimento do magistrado acerca da materialidade e da autoria dos crimes, **a circunstância de sua reincidência ser específica em crimes patrimoniais demonstra maior reprovabilidade da conduta, suficiente a inviabilizar a compensação, porquanto preponderante no caso concreto, haja vista o evidente desprezo ao ordenamento jurídico e ao caráter pedagógico da pena, em especial à sua finalidade de prevenção especial negativa.**

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 313.851/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 26/04/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para reconhecer a atenuante da confissão, sem repercussão na pena aplicada.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0161891-0

HC 329.397 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00343446620148260050 20150000313609 343446620148260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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
ADVOGADO	: CRISTINA SON
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WANDER JOSÉ DA SILVA

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