



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.454 - SP (2016/0082498-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LUIZ MANTOVANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LESLEY MORALES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO TENTADO. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA REDUZIDA. *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 da 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.

– Caso em que, reconhecidas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, a compensação é de rigor.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a reincidência e redimensionar a pena da paciente para 9 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.454 - SP (2016/0082498-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LUIZ MANTOVANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LESLEY MORALES DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo do recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de LESLEY MORALES DA SILVA VIANNA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003756-23.2013.8.26.0564).

Consta dos autos que a paciente foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, sendo absolvida em primeiro grau de jurisdição, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 6/11).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar a paciente às penas de 10 meses e 26 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 8 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal (e-STJ fls. 12/15).

Os embargos de declaração então opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 18/19).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/5), a impetrante sustenta que a paciente sofre constrangimento ilegal, pois a Corte de origem não reconheceu a confissão da paciente, ainda que parcial, como circunstância atenuante. Outrossim, defende a possibilidade de sua integral compensação com a agravante da reincidência.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena da paciente.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 22/23).

Informações prestadas às e-STJ fls. 34/44.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem *ex officio* (e-STJ fls. 48/51).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.454 - SP (2016/0082498-8)

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.

Cumpre 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. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª 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 da 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 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.

Em relação à atenuante da confissão, cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência deste 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.

No caso, o acórdão recorrido, ao dar provimento ao recurso ministerial, condenou a paciente pela prática do delito de furto tentado e, no curso do voto condutor, quanto à confissão, restou que consignado que (e-STJ fl. 13):

Na fase administrativa, a apelada permaneceu silente (fls.08). Em juízo, confessou parcialmente os fatos, alegando ter colocado apenas dois desodorantes em sua bolsa (fls.132-mídia digital).

Contudo, a Corte local, ao fixar as reprimendas, nada foi mencionou acerca da confissão da paciente, consoante trecho que destaco (e-STJ fls. 14/15):

Atendendo os critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, a pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, na fração de 1/6, tendo em vista os maus antecedentes ostentados pela inculpada, devidamente comprovado pela certidão de fls.81. Na segunda fase da dosimetria, ante a presença da circunstância agravante da reincidência, devidamente comprovada pela certidão de fls.85, a reprimenda é novamente majorada na fração de 1/6. Na fase derradeira, aplico o redutor na fração de 1/3, tendo em vista o iter criminis percorrido pela inculpada, uma vez que o delito não se consumou somente por circunstâncias alheias à sua vontade, o que resulta em uma reprimenda de 10 (dez) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 8 (oito) dias-multa, no valor mínimo legal.

Em decorrência, alegando que, na segunda fase da dosimetria da pena, não foi considerada a atenuante da confissão em favor da paciente, a defesa opôs embargos declatórios, os quais foram rejeitados com base na seguinte fundamentação (e-STJ fl.19):

Ad argumentandum, consigno que ao contrário do afirmado pela combativa defesa, a confissão da ré não poderia mesmo ser considerada na segunda fase da dosimetria, porquanto se deu de forma parcial, uma vez que afirmou que colocou apenas 2 frascos de desodorantes em sua bolsa, quando na verdade subtraiu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversos pertences do estabelecimento comercial, consoante auto de exibição de fl. 14, não podendo mesmo ser reconhecida para atenuar sua reprimenda.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se 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 da 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. 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.

Assim, na hipótese, reconhecida a confissão, de rigor a sua compensação com a reincidência, de modo que **redimensiono a pena da paciente nos seguintes moldes:**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na primeira fase, mantenho a pena-base estabelecida em 1/6 acima do mínimo legal, no caso, 1 ano e 2 meses de reclusão. Na segunda fase, com a compensação entre a confissão e a reincidência, permanece a pena inalterada. Por fim, na terceira fase, preservo a fração redutora de 1/3, pela tentativa, restando a pena definitiva em 9 meses e 10 dias de reclusão.

Quanto ao regime, em que pese a Súmula n. 269/STJ reconhecer a possibilidade de fixação do regime semiaberto para o desconto de penas impostas a réus reincidentes, como a pena-base, no caso, foi estabelecida acima do piso legal, pela presença de circunstância judicial desfavorável, mostra-se cabível o regime prisional inicialmente fechado, tal qual estabelecido no acórdão recorrido, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Nessa linha:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRÊS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO - DUAS CONSIDERADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E UMA A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. AUMENTO PROPORCIONAL. SÚMULA 269 DO STJ. NÃO APLICAÇÃO.

1. Não se vislumbra a alegada violação ao art. 59 do Código Penal, visto que a exasperação da pena-base em 1 (um) ano acima do mínimo legal, em virtude da valoração negativa dos antecedentes do agente, mostra-se razoável e proporcional ao tipo penal do art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, que prevê pena de 2 (dois) anos a 8 (oito) anos de reclusão.

2. Não se aplica ao caso o entendimento da Súmula 269 desta Corte, uma vez que, embora a pena seja inferior a quatro anos, a presença de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes - autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso, qual seja, o fechado.

3. Agravo a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 614.463/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem** de ofício, para reduzir a pena da paciente para 9 meses e 10 dias de reclusão, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0082498-8

HC 352.454 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00037562320138260564 37562320138260564

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LUIZ MANTOVANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LESLEY MORALES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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.