



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.232 - SP (2012/0228952-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE JESUS FERNANDES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º I E II, DO CÓDIGO PENAL. NA FORMA DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. (2) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, fixando a pena definitiva em 11 (onze) anos, 5 (cinco) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, mais 26 (vinte e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.232 - SP (2012/0228952-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE JESUS FERNANDES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA, em favor de DIEGO DE JESUS FERNANDES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0074410-61.2008.8.26.0224).

Ressuma dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 13 (treze) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, na forma do concurso formal impróprio, *verbis*:

O réu, em juízo, disse que de fato roubou a motocicleta, entretanto, negou ter puxado o gatilho de sua arma. Disse que na data dos fatos estava em uma moto juntamente com outro indivíduo que havia conhecido em uma festa. Afirmou ter rendido as vítimas com a arma de fogo, tomado a bolsa de uma delas e jogado na calçada, mandando as vítimas saírem correndo. Levou a motocicleta, entretanto posteriormente foi abordado pelos policiais, que notaram o alarme da motocicleta.

(...)

Os policiais militares Luciano e Claudinei, em juízo, disseram que estavam em patrulhamento de rotina quando se depararam com duas motos, uma delas estava com o dispositivo do alarme acionado, motivo pelo qual realizaram a abordagem. Indagado a respeito, o acusado negou que estivesse fazendo algo de errado. Logo em seguida chegou um rapaz o qual informou que a moto de sua colega havia sido roubada. Ao revistarem o acusado nada de ilícito foi encontrado, entretanto, localizaram na pedaleira da motocicleta (enroscada), a arma utilizada no roubo. Afirmaram os policiais, ainda, que haviam dois projeteis "picotados". **Então, o acusado foi novamente indagado, tendo ele confessado o delito.** O outro indivíduo conseguiu se evadir em outra motocicleta.

Assim, de rigor a condenação do acusado, mas pela prática do crime previsto no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, na forma do artigo 70, parte final, todos do Código Penal, devendo ser absolvido quanto ao crime do artigo 157, parágrafo 3º, parte final, forma tentada.

O réu - quando pôs a arma no pescoço da vítima Pollyana e disparou por duas vezes - já havia despojado ambas as vítimas.

Dois dos cartuchos picotaram, mas o acusado, podendo prosseguir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o "animus necandi" e vingança, desistiu e foi embora.

O perito constatou a existência de quatro cartuchos intactos, todos deflagrados durante a perícia, demonstrando a potencialidade lesiva da arma e das munições. Constatou, outrossim, dois cartuchos picotados, o que comprova os relatos das vítimas acerca dos disparos efetuados pelo réu, afastando a sua tese negativa.

Assim, consumado o roubo (com dois patrimônios distintos de vítimas distintas), voltou-se o réu para uma das ofendidas, apontou a arma no pescoço e puxou o gatilho por duas vezes, não obtendo o intuito homicida porque as balas não deflagraram. E não prosseguiu porque desistiu, pois ainda lhe restavam quatro projéteis. A intenção não foi a de praticar a violência para assegurar a detenção das coisas subtraídas, mas apenas para vingar-se de quem - a seu ver - somente seu ver - não demonstrou a submissão e o desespero esperados.

A prova carreada aos autos demonstra, à saciedade, que o acusado subtraiu das vítimas, a motocicleta e uma bolsa contendo cheques e documentos.

Nesse sentido, os relatos firmes, seguros e convincentes das vítimas, amparado pelos testemunhos firmes dos policiais militares que efetuaram a prisão do acusado.

Ressalte-se a inexistência de motivos para se duvidar dos depoimentos dos policiais militares e das vítimas, que, além de não terem sido contraditados, não conheciam o réu e não teriam por isto razão para prejudicá-lo ou favorecê-lo.

Assim, a elementar da violência e da grave ameaça restaram configuradas, bem como as qualificadoras previstas pelos incisos I e II do § 2º, do artigo 157 do Código Penal.

De rigor, pois, a condenação.

Assim, passo à dosimetria da pena

O acusado é portador de má personalidade porquanto, mesmo após o apossamento dos bens das vítimas, por vingança, pôs o revólver no pescoço de uma delas e acionou duas vezes o gatilho, tendo em ambas tentativas o projétil picotado. Não é preciso fazer esforço algum para se constatar a absoluta desnecessidade desta conduta face o contexto fático já existente no momento (vítimas subjugadas e bem já apoderados).

Ainda, as conseqüências psicológicas resultantes para as vítimas, especialmente para Pollyana, são evidentes, notórias e, portanto, independem de prova.

Por todas estas razões, fixo a pena-base em 6 anos de reclusão 15 dias-multa.

Pela menoridade reduzo a pena de 1/6, totalizando 5 anos de reclusão e 13 dias-multa.

A confissão não foi integral, pois negou o réu tivesse atirado - por duas vezes - contra a vítima. Dai porque não reduzo qualquer pena.

Pelo concurso de agentes e pela arma de fogo utilizada, aumento a pena de 3/8, resultando 6 anos 10 meses e 15 dias de reclusão e 16 dias-multa.

Configurado o concurso formal impróprio, pois o réu, com ma só ação despojou dois patrimônios distintos e o fez com desígnios autônomos, sabendo ele que os bens subtraídos pertenciam às vítimas diferentes.

Em razão do concurso formal impróprio, somo, pois, as penas, totalizando 13 anos e 9 meses de reclusão e 32 dias-multa, que torno definitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dada a condição financeira do condenado (não há notícia de fortuna), fixo cada dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato.

O roubo com arma de fogo atemoriza a coletividade.

Mesmo quem não foi roubada fica com medo de ser a próxima vítima. A periculosidade de quem rouba com o uso de arma de fogo é presumida, e,

portanto, o único regime de pena compatível é o fechado, pelo que fica fixado, como regime inicial.

Com a condenação surge a necessidade de se garantir a efetivação da pena imposta, razão bastante para se manter em cárcere o acusado, pelo que nego o direito de apelar em liberdade.

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a ação penal para o fim de condenar DIEGO DE JESUS FERNANDES, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 13 anos e 9 meses de reclusão e 32 dias-multa, fixada a unidade em um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, absolvido do crime do artigo 157, §3º, parte final, c.c artigos 14, inciso II, todos do Código Penal, fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, negado o direito de apelar em liberdade. (fls. 107-110).

Inconformada, a defesa apelou, sendo dado parcial provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado, no que interessa:

A materialidade não foi questionada e, na espécie, não merecem recepção as teses defensivas relativas à incidência da tentativa, bem como da ocorrência de crime único, conforme se denota da prova oral feita em Pretório.

Nesse sentido o apelante, interrogado em Juízo, admitiu de pronto a subtração da motocicleta da vítima Pollyanna, dizendo, inclusive, que em companhia de coautor que conheceu "na balada" abordou essa ofendida e Jacqueline, que a acompanhava na mesma motocicleta, frisando que, todavia, não subtraiu a bolsa da última, nem disparou por duas vezes o revólver que portava contra o pescoço de Pollyanna, afirmações essas repelidas pela prova oral, de forma incisiva. Foi além, frisando que já ostentava antecedentes infracionais, como menor, por cometimento de roubo, mencionando que perdeu a arma ao fazer uma curva com a motocicleta que subtraiu, quando a mesma desprende-se de sua cintura.

Pelo teor dessa versão, tem-se, de pronto, que a aludida confissão foi parcial, de maneira a não ensejar a aplicação da atenuante a ela correspondente, do artigo 65, do Código Penal.

E de resto os depoimentos e declarações colhidos incriminaram de vez o imputado, além do que a perícia de fl. 44, do revólver encontrado em seu poder, deu conta de que trazia no tambor quatro cartuchos íntegros de munição, além de dois outros percutidos, mas não deflagrados, tudo a denotar que, em verdade, a conduta do apelante com Pollyanna muito mais se aproximou do latrocínio tentado que do mero roubo biqualeficado, nada havendo, todavia, que se fazer na espécie, à míngua de recurso ministerial quanto ao tema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E os policiais militares Claudinei dos Santos e Luciano A. D. da Silva Sabino bem narraram sobre a coautoria do apelante na parte da empreitada, que vivenciaram, consistente em se depararem com o réu, sobre a motocicleta subtraída, com o alarme dessa acionado, em fuga, seguido pelo coautor em outro veículo similar, quando os perseguiram e detiveram o primeiro, encontrando a arma por ele empregada, nas condições de municiamento supra referidas, enroscada no pedal da marcha da moto, ocasião em que ele admitiu que chegou a atirar contra a proprietária desse veículo, sem todavia, lesiona-la, por falta de percussão. Claudinei frisou que uma das vítimas apontou, de pronto, o réu como quem encostou a arma no pescoço da outra e apertou o gatilho por duas vezes, além de ter levado a motocicleta de uma, e a bolsa da segunda, tendo o coautor logrado evadir-se, tudo a denotar investida única que atingiu dois patrimônios distintos, acrescentando que essa ofendida explicou que ele assim agiu por não ter Pollyanna acreditado em sua voz de assalto.

Jaqueline Barreto de Oliveira, vítima que teve sua bolsa arrebatada, e que seguia na garupa da motocicleta da outra ofendida, disse que o apelante, conduzido pelo coautor em outra moto, as abordou e anunciou o assalto, determinando que parassem o seu veículo, tomando-lhe a bolsa e logo apontando a arma para o pescoço de sua acompanhante, premindo o gatilho por duas vezes, mesmo depois de ambas lhe terem entregue todos os seus bens, acabando por determinar que corressem.

Reconheceu o imputado na Polícia e em Juízo.

A denotar a consumação dos ilícitos, ressaltou que jamais recuperou documentos pessoais, celular, todo o conteúdo de sua bolsa e inclusive talonário de cheques, que continuam a ser passados na praça.

Por sua vez, pelas palavras dos milicianos, tem-se que Pollyanna apenas recuperou sua moto posteriormente, em decorrência de feliz intervenção policial, que se deu em ponto diverso do da subtração, daí porque não vinga o pleito de tentativa.

E a par de reiterar as palavras de Jacqueline, Pollyanna K. L. de Souza Luiz, ofendida que não foi morta ou gravemente lesionada apenas por um golpe da providência, acrescentou que o apelante era o único que não usava capacete, e que arrancou desde logo a bolsa de Jacqueline, além de percutir a arma duas vezes em sua direção, tendo o apontado em audiência, como quem assim agiu.

Patente, portanto, a incidência da coautoria do apelante na investida, com uso de arma e concurso de agentes.

Pela extrema periculosidade demonstrada pelo apelante, e diante do dolo intenso com que agiu desnecessariamente contra Pollyanna, insistindo por duas vezes em executá-la, suas penas básicas foram corretamente exasperadas a fl. 91, e reduzidas em 1/6, por sua menoridade relativa, tendo sido afastada a confissão espontânea, que foi apenas parcial.

Correto, ainda, o aumento de tais penas em 3/8, apenas se observando que por mero erro material, no sexto parágrafo de fl. 91, a pena pecuniária foi fixada em dezesseis, quando o correto seria dezoito dias-multa, aqui ficando desde já feita tal correção, aumentando-se novamente tais reprimendas, agora em 1/6, pelo concurso formal de crimes, motivo pelo qual cumprirá a pena corporal final de oito anos e sete dias de reclusão, mais o pagamento de vinte e um dias-multa, esses valorados no na r. sentença.

Isto posto, rejeitada a questão preliminar arguida, dá-se parcial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao apelo, ajuizado em prol de Diego de Jesus Fernandes para que, mantida no mais a r. sentença, suas penas fiquem estabelecidas em 08 (oito) anos e 07 (sete) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, por infração aos ditames do artigo 157, § 2º, I e II e 14, II, c.c. o artigo 70, caput (primeira figura), todos do Código Penal, sem concessão de benesses. Decretada desde já a perda da arma apreendida, em favor da União, nos termos do que dispõe o artigo 91, II, "a", do Código Penal, deverá o MM Juiz providenciar que ocorra a sua destinação nos termos do que dispõe o artigo 2º, do Provimento CG nº 18/2011. (fls. 178-182).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o paciente foi condenado em primeiro grau sem ter sido considerada sua confissão, no entanto ela foi utilizada como elemento de prova da culpa, violando o disposto no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

Sustenta ser contraditório utilizar-se de confissão para condenar, contudo não usá-la para atenuar a pena.

Defende que a pena do paciente deve ser redimensionada afim de que se aplique a atenuante.

Invoca julgado desta Corte para embasar sua tese.

Requer, liminarmente e no mérito, seja redimensionada a pena do paciente.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 268-271.

As informações foram juntadas às fls. 279-280, 282-292 e 304-313.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 295-301, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.232 - SP (2012/0228952-6)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º I E II, DO CÓDIGO PENAL. NA FORMA DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. (2) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, fixando a pena definitiva em 11 (onze) anos, 5 (cinco) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, mais 26 (vinte e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

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 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

No tocante à incidência da atenuante, verifica-se que o paciente confessou parcialmente o cometimento do delito, circunstância utilizada pelas instâncias de origem para embasar a condenação "o réu, em juízo, disse que de fato roubou a motocicleta, entretanto, negou ter puxado o gatilho de sua arma (...) pelo teor dessa versão, tem-se, de pronto, que a aludida confissão foi parcial, de maneira a não ensejar a aplicação da atenuante a ela correspondente, do artigo 65, do Código Penal". Todavia, deixou-se de aplicar a referida atenuante em razão de ter sido parcial.

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

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

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. (...)

(HC 171.784/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 18/02/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. *In casu*, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado o emprego de violência contra a vítima, impõem-se a aplicação da atenuante.

4. 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.

5. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, quando condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão.

(HC 200.113/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES TENTADO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUA UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ERESP 1.154.754/RS. PENA INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recursos ordinários, tampouco de recursos extraordinário e especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em *Habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. O presente *Habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, não merece ser conhecido.

V. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

VI. *In casu*, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

VII. Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, basta que tenha ela servido de base para a condenação, seja a confissão total ou parcial ou retratada em Juízo. Precedentes.

VIII. A Terceira Seção do STJ, no julgamento, em 23/05/2012, do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, pacificou o entendimento de que a confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência, na segunda fase da aplicação da pena (Informativo de Jurisprudência n.º 498 do STJ).

IX. Faz jus o paciente ao regime semiaberto, na medida em que, embora seja reincidente, teve a pena-base fixada no mínimo legal, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva fixada em menos de 4 (quatro) anos de reclusão. Inteligência do enunciado n.º 269 da Súmula do STJ: "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

X. "Imposta pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincidente. Súmula n.º 269 do STJ." (STJ, HC 235.481/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 28/05/2012).

XI. *Habeas corpus* não conhecido. XII. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a agravante da reincidência - reduzindo as penas, em consequência, a 02 anos de reclusão e 05 dias-multa - e estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (Súmula 269 do STJ).

(HC 248.275/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 30/10/2012)

Assim, mantenho a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e a aplicação da atenuante da menoridade relativa, diminuindo a pena em 1/6 (um sexto), bem como reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda em mais 1/6 (um sexto). Na terceira fase da dosimetria, exaspero a pena em 3/8 (três oitavos), resultando em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mais 13 dias-multa.

Por fim, em razão do concurso formal impróprio, somo as penas, totalizando 11 (onze) anos, 5 (cinco) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, mais 26 (vinte e seis) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço da impetração, mas concedo a ordem, de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, fixando a pena definitiva em 11 (onze) anos, 5 (cinco) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, mais 26 (vinte e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0228952-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 258.232 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 27612008 28992008 744106120088260224 990092925695

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE JESUS FERNANDES

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

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.