



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.677 - SP (2015/0111488-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDAIR DO ROSARIO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CONFISSÃO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FATOS IMPUTADOS NEGADOS PELO RÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior firmou entendimento segundo o 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 CP), desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

Na hipótese, a Magistrada processante sequer levou em consideração a incidência da atenuante na dosagem da pena, uma vez consignado que o réu negou em juízo a conduta criminosa.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.677 - SP (2015/0111488-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDAIR DO ROSÁRIO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de ALDAIR DO ROSÁRIO FERREIRA DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0059847-57.2011.8.26.0224).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 07 anos, 03 meses e 03 dias de reclusão, como incurso no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (roubo majorado pelo concurso de agentes).

Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a quantidade de dias-multa, mantendo nos demais termos a sentença. O acórdão ficou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo Majorado - Absolvição por insuficiência probatória - Impossibilidade - Provas hábeis a ensejar a condenação de cada um dos apelantes - Subsidiariamente, esperam o reconhecimento da participação de menor importância em favor do réu Charley, afastamento da reincidência e reconhecimento da confissão em favor do réu Aldair, bem como a redução das penas impostas, com reconhecimento do crime único e fixação de regime prisional mais brando - Parcial cabimento - Reprimendas comportam ligeiro reparo tão-somente para adequar a pena de multa imposta aos acusados, restando, no mais, bem dosadas e adequadas ao caso concreto, assim como o regime prisional fixado - Apelos parcialmente providos (fl. 441).

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega constrangimento ilegal em face das instâncias ordinárias não terem levado em consideração a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), para atenuar ou impedir o aumento da pena referente à reincidência (art. 61, I, do CP).

Requer, assim, a revisão da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido (fls. 496/499).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.677 - SP (2015/0111488-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca-se no presente *writ* o redimensionamento da pena imposta ao paciente, ante a compensação da confissão espontânea e a reincidência. São estes, no que interessa, os termos do decreto condenatório:

Sentença:

[...]

Aldair, em juízo, negou os fatos. Asseverou que saiu de casa com os demais Corrêus para uma festa, no automóvel Fiorino. O depoente estacionou e permaneceu no carro, enquanto os outros réus desceram. Dez minutos depois, os quatro voltaram para o carro, que partiu em direção à Rodovia Presidente Dutra. Segundo o depoente não existia nenhuma arma no interior do carro, embora os celulares estivessem em seu interior. Assim, o depoente posteriormente tomou ciência de que os quatro réus envolveram-se em uma briga, Tiago fingiu estar armado e durante o entrevero eles pegaram os celulares que foram localizados no interior do carro. Finalmente, confirmou ser reincidente.

[...]

Consoante o critério trifásico, em primeira fase, verifica-se que as circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59, Código Penal, são favoráveis aos Réus, razão pela qual fixo a pena-base no patamar mínimo, qual seja, de 04 anos de reclusão.

Na segunda fase, verifico que a certidão de fls. 167 denota ser ALDAIR reincidente, motivo pelo qual aumento em 1/6 a pena acima aplicada, perfazendo quatro anos e oito meses. No mais, fixada a pena-base dos demais Réus no mínimo legal, impossível a incidência da atenuante derivada da idade, a teor da Súmula nº 231/STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Na terceira fase da quantificação da pena, não há causas de diminuição incidentes sobre o caso. Presente, entretanto, a causa de aumento do inciso II, do § 2º, do artigo 157, do Código Penal, acresço a pena fixada acima em 1/3, perfazendo 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para todos os Réus, exceto para Aldair, cuja pena atinge 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias.

Fixadas individualmente as penas, constato a ocorrência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso formal, eis que dois foram os patrimônios atingidos.

[...]

Portanto, nos termos do artigo 70, do Código Penal, cuidando-se de crimes idênticos, tomo por base a pena de um dos delitos, para aumentá-la em 1/6, totalizando as reprimendas 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão para Aldair e 06 (seis) anos e 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para os demais Réus (fls. 797/306, sem destaque no original).

Acórdão:

[...]

No que tange à autoria criminosa, em sede policial os ora apelantes permaneceram silentes, à exceção de Charley, que confessa a prática do delito, com emprego de arma, em companhia dos corréus (fls. 10).

Em juízo (mídia a fls. 195), **Aldair nega a participação no delito**, dizendo que os acusados teriam ido a uma festa juntos, e os demais teriam se envolvido numa briga, enquanto ele permaneceu no carro. Explica que dirigia o veículo de Charley, confirmando apenas que tentaram evadir-se quando da aproximação da viatura policial. Quanto aos objetos subtraídos das vítimas e encontrados no interior do veículo, aduz que teriam sido pegos do chão pelos corréus, durante a briga a que se referiu.

[...]

Quanto às penas e regime impostos, restaram bem dosados, comportando ligeiro reparo, porém, tão-somente no tocante à quantidade de dias-multa imposta aos réus.

Nesse aspecto, vale dizer que as penas-bases dos ora apelantes restaram fixadas no mínimo legal, não podendo ser reduzidas aquém desse patamar, a teor do disposto na Súmula 231 do STJ, mesmo que face da atenuante da menoridade, valendo ressaltar, ainda assim, que nenhum deles confessou, em juízo, a participação no roubo.

Na segunda etapa, devidamente comprovada a reincidência de Aldair, escorreita a elevação operada em seu desfavor, não havendo que se falar em "bis in idem", necessária, no seu caso, sem dúvida, a imposição de pena mais contundente e eficaz a conscientizá-lo da ilicitude de sua conduta e a prevenir nova recidiva.

Na última etapa, exasperada a reprimenda à fração de 1/3, em função da majorante de concurso de agentes, já beneficiados os acusados com o afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma, esta devidamente apreendida, irrelevante, "in casu", não estivesse perfeitamente apta para a realização de disparos, especialmente porque foram as vítimas enfáticas ao mencionar se sentiram ameaçadas e intimidadas ao verem a arma apontada contra si e, em se tratando os ofendidos também de vários rapazes, muito provavelmente isso os inibiu de esboçar eventual reação. Entretanto, conforme dantes ventilado, nada há que possa ser feito nesta instância, ante a ausência de recurso ministerial, respeitada a proibição da "reformatio in pejus".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, diante do escoreito reconhecimento do concurso formal de infrações, já salientado, elevadas as penas em 1/6 (fls. 444/452).

Este Tribunal Superior, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil), uniformizou o entendimento de que *é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência*, ratificando orientação firmada no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, no sentido de que a atenuante em análise, por envolver a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

Nesse sentido, foi editada a Súmula n. 545/STJ, *in verbis*:

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 hipótese dos autos, contudo, a Magistrada de primeiro grau, ao proferir a sentença, sequer levou em consideração a incidência da atenuante na dosagem da pena, uma vez consignado que o réu negou em Juízo a conduta criminosa.

Assim, não há falar em compensação da reincidência com a confissão espontânea quando esta sequer foi reconhecida ou utilizada para embasar a condenação.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A DO CP. DOLO ESPECÍFICO. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE.

1. Segundo a orientação desta Corte, para a consumação do crime sonegação de contribuições previdenciárias, é suficiente a constatação do dolo genérico.

2. Segundo precedente da Sexta Turma, por se tratar o crime continuado de uma ficção jurídica, na fixação da pena-base pode ser considerado o prejuízo total decorrente dos delitos cometidos em continuidade, sem que isso configure *bis in idem*.

3. **Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como a confissão extrajudicial não foi utilizada para justificar a condenação, não fazem os recorrentes jus à atenuante.**

4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1552195/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 25/02/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (3) **CONFISSÃO NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE.** (4) TENTATIVA. RECONHECIMENTO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (5) APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (6) NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime de roubo para a furto.

3. **É firme a jurisprudência deste Sodalício em não reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.**

[...]

6. Habeas corpus não conhecido (HC 329.418/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 22/10/2015)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. **CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A AUTORIA DELITIVA.** MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CRITÉRIO DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. PRECEDENTES DESTA CORTE. TRANSNACIONALIDADE VERIFICADA. PACIENTE DETIDO NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS PRESTES À EMBARCAR PARA A ÁFRICA DO SUL.

1. Não obstante a impetração dirigir-se contra acórdão prolatado em sede de habeas corpus em que não foram examinadas as alegadas nulidades referentes à dosimetria da pena, sobreveio o julgamento da apelação defensiva pela Corte Regional, com acórdão juntado aos autos, razão pela qual tem-se por superado o óbice ao conhecimento do writ.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, na fixação da pena-base, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Se o réu nega a autoria delitiva, não há como reduzir a sanção por força da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

[...]

6. Ordem denegada (HC 95.748/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 01/03/2010).

PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA FASE POLICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, "D", CP. INVIABILIDADE.

Inviável a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP, se a confissão feita na fase inquisitorial, posteriormente retratada em Juízo, não foi utilizada para a condenação, que, in casu, foi embasada em vários outros elementos probatórios.

Writ denegado (HC 35.313/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 08/11/2004, p. 260).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0111488-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 323.677 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00598475720118260224 19572011 2240120110598470 598475720118260224

EM MESA

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

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	: CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALDAIR DO ROSARIO FERREIRA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: JONATAS BARBOSA DOS SANTOS
CORRÉU	: ALESSANDRO MOREIRA DE CARVALHO
CORRÉU	: CHARLEY FRANÇA CABRAL
CORRÉU	: TIAGO SANTOS SILVA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.