



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.516 - SP (2014/0177808-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE BEZERRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO EM CONCURSO MATERIAL COM ROUBO SIMPLES TENTADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. APONTADA EXISTÊNCIA DE CONTINUIDADE DELITIVA. FURTO E ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIES DIVERSAS E DEFINIÇÕES AUTÔNOMAS. PRECEDENTES. REGIME INICIAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PENA FINAL QUE PERMANECE EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NA DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO PELO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– O tema do apontado constrangimento ilegal pela aplicação da pena-base acima do mínimo legal não foi devidamente enfrentado pelas instâncias ordinárias, o que impede a atuação desta Corte, pela vedação de supressão de instância.

– A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, quando utilizada pelo juiz para fundamentar a condenação, incide a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, ainda que a confissão tenha sido parcial, entendimento que resultou na edição do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte.

– No caso, o Tribunal *a quo* deixou de aplicar a referida atenuante pelo fato de o paciente ter assumido a prática de delitos de furto, deixando de reconhecer o emprego da violência inerente ao delito de roubo. Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte, *embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial* (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017), de forma que a pena deve ser reduzida, pela aplicação do benefício, na segunda fase da dosimetria.

– Quanto ao alegado constrangimento ilegal pela aplicação ao caso do concurso material de crimes, em detrimento do crime continuado, deve-se ressaltar que o crime continuado é ficção jurídica aplicável quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da *mesma espécie*, em conexão de tempo, lugar, maneira de execução e outras características, nos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal.

– Entretanto, em caso como o dos autos, nos quais foram cometidos os delitos de roubo e de furto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há como se reconhecer a continuidade delitiva entre os referidos delitos, pois são infrações penais de espécies diferentes e que têm definição legal autônoma. Precedentes.

– Permanecendo a pena final em patamar superior a 4 anos, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime inicial fechado, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 24 dias-multa, mantidos os demais termos da 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 21 de junho de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.516 - SP (2014/0177808-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE BEZERRA DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HENRIQUE BEZERRA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0108670-65.2012.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, pela prática dos delitos previstos nos arts. 157, *caput*, c/c art. 14, II, e 155, *caput*, na forma do art. 69, *caput*, todos do Código Penal, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 dias-multa, conforme sentença de fls. 17/23.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso (fls. 43/49).

No presente *mandamus* (fls. 1/9), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, consistente na exasperação da pena-base acima do mínimo legal, aos fundamentos de que o dolo verificado é aquele inerente ao tipo penal e de que não há demonstração de trânsito em julgado dos processos utilizados para configurar os maus antecedentes.

Na segunda fase da dosimetria, aduz que deve ser reconhecida a confissão espontânea do paciente em relação ao delito de roubo, porquanto *ainda que de seu depoimento não tenham constado todas as eventuais ameaças e todos os eventuais atos de violência, o fato é que houve confissão quanto à prática da subtração, confissão que muito contribuiu para a formação da convicção do julgador pela decisão condenatória* (fl. 4).

Aponta, ademais, que deve ser reconhecida a continuidade delitiva no caso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão da semelhança de tempo, lugar e modo de execução dos delitos, tendo em vista que para o reconhecimento da continuidade delitiva *não é necessário que os delitos estejam previstos no mesmo tipo penal, basta que seus elementos objetivos e subjetivos sejam semelhantes* (fl. 6).

Por fim, alega serem inidôneos os fundamentos apresentados para a aplicação do regime inicial fechado, uma vez que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes e sua pena foi fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, reclamando regime inicial mais brando, nos termos da nos termos do disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, requer, liminarmente, a aplicação de regime inicial semiaberto e, no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal, para ambos os delitos; o reconhecimento da confissão espontânea para o delito de roubo, com a redução da pena na segunda fase da dosimetria; o reconhecimento da continuidade delitiva, afastando-se o concurso material de crimes e a confirmação do pedido liminar, com a aplicação de regime inicial mais brando.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 58.

As informações pertinentes foram prestadas às fls. 67/89.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer exarado às fls. 103/107, opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.516 - SP (2014/0177808-0)

VOTO

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

Inicialmente, cumpre ressaltar que 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.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confira-se o HC n. 218.537/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 13/8/2013.

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-se na presente impetração a fixação da pena-base no mínimo legal, para ambos os delitos; o reconhecimento da confissão espontânea para o delito de roubo, com a redução da pena na segunda fase da dosimetria; o reconhecimento da continuidade delitiva, afastando-se o concurso material de crimes e a confirmação do pedido liminar, com a aplicação de regime inicial mais brando.

Insurge-se a defesa quanto à dosimetria realizada na primeira fase, aos fundamentos de que o dolo verificado é aquele inerente ao tipo penal, bem como ao argumento de que não há demonstração de trânsito em julgado dos processos utilizados para configurar os maus antecedentes.

Verifica-se, entretanto, que Corte *a quo* não se pronunciou sobre tais temas, de forma que não é possível a apreciação das questões suscitadas na inicial deste *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (CC n. 100.654/MG, Terceira Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 13/5/2009).

II - No que se refere à nulidade da citação, o juízo de origem reconheceu o equívoco em relação à realização da citação por hora certa, anulando o ato e determinando a citação por edital, não se constatando prejuízo para a defesa.

III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende da leitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa.

IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância. Recurso ordinário desprovido (RHC 51303/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 09/12/2014, DJe 18/12/2014).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TÍTULO PRISIONAL AUTÔNOMO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 52/STJ. 4. NULIDADE PROCESSUAL E EXTENSÃO DE BENEFÍCIO. TESES NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a superveniência de sentença condenatória inaugura nova realidade processual, em que convencido o juiz da materialidade dos fatos e da autoria, havendo, dessa forma, inequivocamente, novos elementos a justificar a custódia cautelar, que não foram objeto de insurgência da presente irresignação, tampouco submetidos ao crivo do Tribunal de origem, impedindo, assim, o exame da questão por esta Corte, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância. Ademais, o art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, determina expressamente que o Juiz sentenciante motive a manutenção ou imposição da prisão preventiva na sentença condenatória.

3. Proferida sentença condenatória fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, nos termos do enunciado n. 52 da Súmula desta Corte.

4. Constatado que os argumentos ventilados na exordial - nulidade processual e extensão de benefício penal - não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, fica esta Corte impedida de examinar a questão, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 288885/MG, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 20/03/2014, DJe 04/04/2014).

No Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE PROCESSUAL. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE EXAME DOS FATOS E PROVAS DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FORJADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática de Ministra Relatora do Superior Tribunal de Justiça, em que negado seguimento ao recurso especial interposto naquela Corte, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes.

2. O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, de todo inviável nele reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal.

3. Participação ativa do advogado, conforme legalmente determinado, e ausência de prova de prejuízo concreto ao paciente, a afastar a tese de deficiência de defesa técnica ensejadora da pretendida nulidade processual, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Inviável a apreciação por este Supremo Tribunal Federal, em sede de habeas corpus, de matéria não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito (HC 120655, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/6/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-7-2014 PUBLIC 1º-8-2014).

Na segunda fase, objetiva a impetrante o reconhecimento da confissão espontânea do paciente para o delito de roubo, ao fundamento de que, *ainda que de seu depoimento não tenham constado todas as eventuais ameaças e todos os eventuais atos de violência, o fato é que houve confissão quanto à prática da subtração, confissão que muito contribuiu para a formação da convicção do julgador.*

A confissão foi desconsiderada pelo Tribunal *a quo* nos seguintes termos (fl. 48):

Na segunda fase, nota-se que a atenuante da confissão espontânea foi corretamente desconsiderada, pois ela não foi pura e simples, tendo em vista a negativa do apelante quanto ao emprego de violência e grave ameaça.

Conforme se depreende do trecho destacado, o Tribunal *a quo* deixou de reconhecer a confissão espontânea do paciente pelo fato de ter assumido apenas a prática do delito de furto.

Entretanto, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

há confissão do réu, ainda que parcial, incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Nesse sentido, confirmam-se:

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO QUE, EMBORA PARCIAL, FOI UTILIZADA PELO MAGISTRADO PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REFERIDA ATENUANTE E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

01. Prescreve a Constituição da República que o habeas corpus será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que no habeas corpus devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível o seu processamento para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que: a) "para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação" (HC 270.093/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014; AgRg no REsp 1.392.005/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/06/2014; AgRg no REsp 1.442.277/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/09/2014; AgRg no REsp 1.338.485/SE, Rel. Ministra Marilza Maynard [Desembargadora convocada do TJ/SE], Sexta Turma, julgado em 07/08/2014); b) "reconhecida a multirreincidência específica, não se mostra possível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência" (AgRg nos EDcl no REsp 1.387.261/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05/11/2013; HC 287.362/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/08/2014; AgRg no REsp 1.475.943/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015).

03. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente (HC 319.666/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador convocado do TJ/SC – Quinta Turma, julgado em 11/6/2015, DJe 18/6/2015).*

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 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.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1/2/2013).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de 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 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 25/9/2012, DJe 30/10/2012).

E, nos termos do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, quando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ademais, embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017).

Evidenciado, assim, o constrangimento ilegal pelo afastamento da aplicação da referida benesse.

Quanto ao alegado constrangimento ilegal pela aplicação ao caso do concurso material de crimes, em detrimento do crime continuado, deve-se ressaltar que o crime continuado é ficção jurídica aplicável quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da *mesma espécie*, em conexão de tempo, lugar, maneira de execução e outras características, nos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal.

Entretanto, em caso como o dos autos, nos quais foram cometidos os delitos de roubo e de furto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há como se reconhecer a continuidade delitiva entre os referidos delitos, pois são infrações penais de espécies diferentes e que têm definição legal autônoma.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CRIME CONSUMADO. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO. QUANTUM DE PENA E REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". Mais recentemente, em 14/9/2016, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação. Além disso, evidenciado o emprego de violência na prática delitiva, elementar do crime de roubo, descabe a desclassificação da conduta para o tipo penal do art. 155 do CP.

5. Tratando-se de crimes de espécies distintas, ainda que praticados em um mesmo contexto fático, forçoso reconhecer a impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre as condutas e, por consectário, deve ser mantida a somatória das penas impostas ao réu pela prática de cada um dos delitos por ele perpetrados. Destarte, permanecendo inalterado o quantum de reprimenda definido pelas instâncias ordinárias, deve ser igualmente mantido o regime prisional fechado, nos moldes do art. 33, § 2º, "a", do CP.

6. Writ não conhecido (HC 390.463/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO E FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. INFRAÇÕES PENAIS DO MESMO GÊNERO, MAS ESPÉCIES DIFERENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. Inviável o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de furto qualificado e roubo majorado, pois não obstante do mesmo gênero, são de espécies diferentes.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a reincidência (HC 425.674/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 18/04/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO E ROUBO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. É consolidado nesta Corte o entendimento de que não há falar em continuidade delitiva entre roubo e furto, porquanto, ainda que possam ser considerados delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie (HC n. 202.792/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/9/2013).

2. Ao decidir pela impossibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de roubo e furto, a decisão agravada não reexaminou as provas, mas apenas a atribuição de nova qualificação jurídica aos fatos delimitados na sentença e no acórdão recorrido, motivo pelo qual não incide o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1525229/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 11/06/2015).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO E FURTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O crime continuado é ficção jurídica que se evidencia quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie, sendo necessário também que os delitos guardem conexão no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva (art. 71, caput, do Código Penal).

2. Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e furto, pois são infrações penais de espécies diferentes e que têm definição legal autônoma. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ordem de habeas corpus denegada (HC 214.157/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013).

Passo, assim, à realização da nova dosimetria da pena para o delito de roubo, tendo em vista o reconhecimento da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mantenho a pena-base acima do mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 12 dias-multa e, na segunda fase, reduzo a pena na fração de 1/6, pela confissão espontânea, resultando em uma pena provisória de 4 anos e 2 meses de reclusão, e 10 dias-multa.

Pelo delito tentado, reduzo novamente a pena em 1/3, de forma a fixar a pena definitiva, para o delito de roubo, em 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e 8 dias-multa.

Em razão do concurso material com o delito de furto, somo as penas aplicadas, resultando em uma pena de **4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 24 dias-multa**.

Quanto ao regime inicial, permanecendo a pena em patamar superior a 4 anos, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, deve ser mantido o regime inicial fechado, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas aplicadas nos autos da Ação Penal n. 0108670-65.2012.8.26.0050 para **4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 24 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0177808-0

HC 299.516 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01086706520128260050 0501210867065 1086706520128260050 19382012
20140000191842 501210867065

EM MESA

JULGADO: 21/06/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE BEZERRA 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.