



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.104 - SP (2017/0062739-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIAS ARAUJO DE MAGALHAES FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. 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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 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.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 27 de junho de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.104 - SP (2017/0062739-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIAS ARAUJO DE MAGALHAES FILHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOSIAS ARAUJO DE MAGALHAES FILHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0003616-36.2012.8.26.0495).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente, como incurso no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal – CP (roubo majorado pelo emprego de arma, concurso de agentes e restrição de liberdade da vítima).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso e reduziu a reprimenda para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 16 dias multa, em julgamento assim ementado:

ROUBO MAJORADO - Absolução - Impossibilidade - Materialidade e autoria plenamente demonstradas - Concurso de pessoas, emprego de arma de fogo e restrição da liberdade da vítima bem delimitadas - Comprovação pelas palavras das vítimas - Penas que merecem reparos - Regime inicial que não comporia alteração - Recursos parcialmente providos, afastada a matéria preliminar arguida (fl. 51).

No presente *writ*, a Defensoria Pública requer o reconhecimento da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal) e sua compensação com a reincidência (art. 61, I, do Código Penal).

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DA REFERIDA ATENUANTE. CONFISSÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. PARECER PELA
DENEGAÇÃO DA ORDEM (fl. 102).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.104 - SP (2017/0062739-0)

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, a controvérsia refere-se ao pedido de compensação da circunstância agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

São estes, no que interessa, os termos do decreto condenatório:

Sentença:

[...]

O réu JOSIAS ARAÚJO DE MAGALHÃES FILHO, confessou o roubo, mas de forma diversa da que consta na denúncia. Relatou que roubou o caminhão da vítima, com emprego de arma de fogo, permaneceu com a vítima em seu poder por mais de 4 horas, contudo diz ter agido sozinho (fl.287).

[...]

Culpabilidade: é elevado o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu, que possuía plena consciência de sua ilicitude, e podendo se determinar de modo diverso, não o fez. É certo que praticou conduta em concurso de agentes (03 pessoas) e com uso de 01 (uma) arma que foi usada apenas para ameaçar, sem violência física, gerando ainda mais alarde social, posto que com sua postura o agente impõe desconforto. Tal postura deixa a sociedade ainda mais alarmada. Antecedentes: o réu possui várias anotações em sua folha penal, demonstrando personalidade voltada à prática delitiva. Conduta social e personalidade: restaram denegridas. Motivos do Crime: o lucro fácil. Circunstâncias do Crime: não prejudicam o acusado. Consequências da conduta ilícita: não foram além das próprias do crime. Comportamento da vítima: a vítima em nada contribuiu para a eclosão do evento.

Preponderando circunstâncias subjetivas desfavoráveis, lixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa no mínimo legal, haja vista sua presumidamente precária condição sócio-econômica.

Atenuantes e Agravantes: Não há atenuantes. Presente a agravante da reincidência (11 65), pelo que majoro em 1/6, perfazendo 07 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

Das causas de Diminuição e de Aumento de Pena: Não há causas de diminuição. Presente as causas de aumento da restrição da liberdade da vítima, que tomo como sendo a mais grave, visto o temor da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima em ficar a mercê dos acusados, na forma do art. 67 do CP, majoro a pena provisória em 1/3 (um terço), perfazendo um total de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa, no mínimo legal.

Pena Definitiva: Destarte, fixo a pena definitiva 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime FECHADO (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), haja vista a reincidência reconhecida, e 22 (vinte e dois) dias-multa no mínimo legal, haja vista sua presumidamente precária condição sócio-econômica.

Substituição: Incabível pelo não preenchimento dos pressupostos legais.

Sursis: Incabível dada a quantidade de pena aplicada (fls. 25/28).

Acórdão:

[...]

As sanções de partida foram acertadamente fixadas acima do mínimo legal, em 06 anos de reclusão e 15 dias-multa, diante das diretrizes estabelecidas no art. 59 do Código Penal. O aumento mostra-se correto e não deve ser afastado; no entanto, aplica-se a fração de 1/6, mais adequada à espécie, diante dos maus antecedentes dos acusados (fls. 1º, 23 e 60 do apenso próprio), tornado suas penas base para 04 anos e 08 meses de reclusão, e pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, adequado novo aumento de 1/6, presente a agravante genérica da reincidência de JOSE AGNALDO e JOSIAS (fls. 24, 55 e 65 do apenso próprio).

Ademais, inadmissível a compensação de tal circunstância agravante com a confissão parcial de JOSIAS, em vista da esforçada tentativa de, com suas palavras, eximir seus comparsas de responsabilidade e afastar a majorante do concurso de agentes alegando ter sido responsável único pela execução de todo o crime. A confissão, quando parcial e qualificada, denota a inexistência de disposição de arcar com as consequências dos atos praticados ou colaborar na descoberta da verdade, e não enseja a redução das reprimendas.

[...]

Na derradeira fase, as majorantes do concurso de pessoas, do emprego de arma de fogo e da restrição da liberdade da vítima restaram plenamente demonstrados, diante das palavras da vítima, que, revestidas de fidedignidade, ante a ausência de interesse em acusar gratuitamente pessoas que saiba inocentes, não merecem ser afastadas; dessa forma, o aumento de 1/3 era mesmo de rigor, estabilizando-se as penas de JOSIAS e JOSÉ AGNALDO em 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa, no piso.

Bem fundamentado, o regime inicial fechado deve ser mantido, considerada a reincidência dos acusados e a gravidade dos fatos roubo triplamente majorado, circunstâncias que tornam a conduta sumamente reprovável e não encontram proporção em forma mais branda de desconto inicial da pena, não havendo se falar em substituição da pena de reclusão pela de detenção, ausente previsão legal para tanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 57/58).

Observa-se que a confissão do paciente, embora utilizada para lastrear a convicção do Magistrado acerca da procedência da acusação, não foi considerada circunstância atenuante por ter sido *parcial*. Entretanto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a *incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação* (HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

Confira-se, a propósito, o teor da Súmula n. 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.

No mesmo sentido trago à colação os seguintes julgados, de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚM. 182/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NA DOSIMETRIA DA PENA. **CONFISSÃO DO RÉU QUE EMBASOU A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO. SUM. N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. PRESENÇA DE TRÊS MAJORANTES. CRITÉRIO QUANTITATIVO. SÚM. N. 443/STJ. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE.**

1. Os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo ou do recurso especial ou a insistência no mérito da controvérsia. Súm n. 182/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 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 retração em juízo (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015).

3. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea deve ser ela compensada com a agravante da reincidência, conforme decidido no julgamento do Recurso Especial n. 1341370/MT, admitido como representativo de controvérsia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. De acordo com a Súm. n. 443/STJ, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

5. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus de ofício para, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência e alterar para 1/3 o aumento na terceira fase da dosimetria, reduzindo para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, em regime fechado, mais 13 (treze) dias-multa, a pena imposta ao agravante, incurso no art. 157, §2º, incs. I, II e V, c/c o art. 29, ambos do Código Penal (AgRg no REsp 1360791/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/10/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. **DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação. Súmula n. 545/STJ.

IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência." Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência (HC 337.662/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1) ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS NA ORIGEM. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO NA VIA ELEITA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 2) DOSIMETRIA. **RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. ERESP N. 1154752/RS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

[...]

- Nos termos da jurisprudência do STJ, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, de rigor a incidência da respectiva atenuante.

- Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar as penas impostas ao primeiro paciente quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes (HC 324.992/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 02/02/2016).

Desse modo, necessário o redimensionamento da pena do paciente. Na primeira fase, mantenho a pena-base estabelecida pela instância ordinária em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa. Na segunda fase, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Por fim, na terceira fase da dosimetria, mantenho o recrudescimento da pena, à fração de 1/3 (um terço), conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecido na origem, em face do concurso de agentes, emprego de arma de fogo e restrição da liberdade da vítima.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0062739-0

HC 393.104 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0003163620128260495 20160000697035 29512 2952012 3163620128260495

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSIAS ARAUJO DE MAGALHAES FILHO
CORRÉU	: JOSE AGNALDO PASSOS

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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