

**HABEAS CORPUS Nº 469.679 - SP (2018/0242643-3)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : TERCIO SANTOS CASTAGNA (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de TERCIO SANTOS CASTAGNA em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 155, §§ 1º e 4º, I e II, do CP, à pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída a privativa de liberdade por restritivas de direito, e 14 dias-multa.

Sustenta a impetrante, em suma, haver constrangimento ilegal pelo não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, visto que a magistrada de piso se utilizou da confissão parcial em juízo, bem como por inexistir motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Requer, assim, a redução da pena e o abrandamento do regime prisional.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela *concessão parcial da ordem, de ofício, apenas para que seja reconhecida a possibilidade de compensação parcial, entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, com o redimensionamento da pena aplicada* (fl. 72).

É o relatório.

DECIDO.

As instâncias de origem negaram a aplicação da atenuante da confissão espontânea aos seguintes fundamentos:

Sentença, fls. 17-19:

***O réu confessou parcialmente a prática do crime. Disse que entrou no estabelecimento pelo telhado, arrobando o forro, mas não conseguiu levar nada.***

***[...]***

***O próprio réu admitiu que entrou na farmácia pelo telhado e com o arrombamento do forro, o que foi corroborado pelo depoimento da vítima e da testemunha. Há, portanto, que ser reconhecida a presença das qualificadoras do artigo 155, §4º, incisos I e II, do Código Penal.***

[...]

*Na primeira fase de aplicação da pena, com base nos elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu possui maus antecedentes, conforme certidão de fls. 142. Frise-se que, segundo a jurisprudência do e. STJ, a condenação por fato anterior ao delito que se julga, mas com trânsito em julgado posterior, pode ser utilizada como circunstância judicial negativa, a título de antecedente criminal (cf. HC 210.787/RJ, Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16/9/2013).*

*Assim, exaspero a pena-base em 1/6, ou seja, 02 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.*

*Na segunda fase de fixação da pena, **verifico ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes**, razão pela qual mantenho nessa fase a pena provisória em 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa.*

*Na terceira fase, ausente causa de diminuição de pena e presente causa aumento de pena prevista no §1º do art. 155 do CP, motivo pelo qual majoro a pena imposta anteriormente em 1/3, resultando em 03 anos e 01 mês e 10 dias de reclusão e pagamento de 14 dias-multa.*

Acórdão, fl. 40:

*Vale esclarecer que **não houve confissão espontânea, porquanto o Réu afirmou não ter conseguido levar nada**. Ocorre que restou comprovado através do depoimento da vítima e do policial, em juízo, que os bens foram subtraídos e encontrados na mochila da vítima.*

*Assim, **tem-se a figura da confissão qualificada, o que inviabiliza a atenuante**.*

As instâncias de origem deixaram de reconhecer a atenuante da confissão espontânea porque parcial ou qualificada, já que o paciente negou a consumação do delito de furto.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no entanto, entende que a confissão espontânea, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, deve ser reconhecida na dosagem da pena como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, do Código Penal (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015). No mesmo sentido: HC 348.460/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 19/04/2016.

Assim, de rigor o redimensionamento da reprimenda.

Desse modo, mantida a pena basilar acima do mínimo legal, em 2 anos

e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, na segunda fase, retorno ao mínimo em razão da atenuante da confissão espontânea, tornando-se definitiva em **2 anos de reclusão e 10 dias-multa**, à mingua de outras causas modificativas da pena.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, o Tribunal de Justiça manteve o regime intermediário, já que utilizada fundamentação concreta baseada nos maus antecedentes do paciente (fl. 18), o que também serviu a exasperação da pena-base, circunstância específica que se mostra idônea e suficiente para justificar o regime mais gravoso, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c o art. 59 do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para aplicar a atenuante da confissão espontânea reduzindo a pena a 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator