HABEAS CORPUS Nº 500.681 - SP (2019/0085202-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	ADRIANA TESTI TIRELLI - SP199940 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SANDRO MAGNO DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em favor de **SANDRO MAGNO DE OLIVEIRA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infração ao artigo 157, **caput**, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 15-21.

No presente **writ**, o impetrante sustenta a ocorrência de flagrante ilegalidade na segunda fase da dosimetria da pena, sob a alegação de que o Tribunal de origem deixou de considerar a confissão qualificada do paciente.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para reconhecer a atenuante da confissão, compensando-a com a agravante da senilidade da vítima (fls. 3-6).

As informações foram prestadas às fls. 28-47.

O Ministério Público Federal, às fls. 49-50, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. PARECER PELA*

CONCESSÃO."

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta a ocorrência de flagrante ilegalidade na segunda fase da dosimetria da pena, sob a alegação de que o Tribunal de origem deixou de considerar a confissão qualificada do paciente.

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Incabível, igualmente, o reconhecimento e compensação da confissão, parcial, com a agravante de crime praticado contra pessoa idosa. O Magistrado destacou que a confissão foi parcial, com objetivo único de beneficiar o agente, não de contribuir para com o esclarecimento do fato, circunstância que não a coloca em grau de igualdade com a agravante. Cumpre mencionar, ademais, que o réu não admitiu o crime de roubo. Disse que "apenas ingressou no veículo, que estava parado e ligado" (fl. 314). Negou a violência e a grave ameaça, tanto que a Defesa postulou a desclassificação para o crime de furto."

Na hipótese, a forma da confissão do paciente configura a confissão qualificada, de modo que foi expressamente confirmado pelas instâncias ordinárias que o paciente admitiu parcialmente a imputação dos fatos descritos na denúncia.

Esse entendimento, inclusive, foi recentemente sumulado, consoante dispõe o enunciado 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."

Destarte, considerando a utilização da confissão para formar a convicção do julgador, deve ela ser apreciada como circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena, **razão pela qual o acórdão se encontra em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.**

Sobre o tema colaciono os seguintes precedentes:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> *2. Nos termos da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Precedentes.*
>
> *3. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".*
>
> *Tal conclusão, por certo, deve ser igualmente aplicada à hipótese dos autos, por se tratarem de circunstâncias igualmente preponderantes, que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu, conforme a dicção do art. 67 do CP.*
>
> *4. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena a 14 anos de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório."* (HC 408.668/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 21/09/2017).

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. LEI N. 12.059/2009. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação. *2. [...]*

3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para que o Tribunal de origem proceda a nova dosimetria da pena aplicada em relação aos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, conforme dispõe a Lei n. 12.015/2009, sopesando-se a pluralidade de condutas na análise da culpabilidade do sentenciado, quando da fixação da pena-base, dado o reconhecimento de crime único entre as condutas, bem como reconhecendo a confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria." (HC n. 95.811/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 12/3/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA NO DECRETO CONDENATÓRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal, é cabível a incidência da atenuante da confissão espontânea quando esta é expressamente utilizada na formação do convencimento do julgador, não importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. Na esteira da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante, como ocorreu na hipótese.

3. No caso, a confissão, ainda que parcial, foi reconhecida pelas instâncias de origem, entretanto não foi utilizada para diminuir a reprimenda. Assim, devida a concessão da ordem constitucional para redimensionar a sanção imposta, não havendo falar em reforma do decisum impugnado.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n.

201.797/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 2/2/2015).

Com essas ponderações, passo ao redimensionamento da pena. Considerando a pena-base fixada acima o mínimo legal, na segunda fase, conservo a reprimenda nesse patamar, ante a compensação da agravante da senilidade da vítima com a atenuante da confissão espontânea.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para fixar a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator