

HABEAS CORPUS Nº 511.659 - SP (2019/0146077-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX RIBEIRO LIMA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de **ALEX RIBEIRO LIMA**, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 22 (vinte e dois) dias-multa, por infração ao artigo 155, parágrafo 4º, incisos I e II, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas ao patamar de 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses, 13 (treze) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa, nos termos do acórdão juntado às fls. 34-40, com a seguinte ementa:

"FURTO QUALIFICADO TENTADO (ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA). Recurso defensivo voltado à dosimetria. Mitigação do aumento operado nas iniciais. Manutenção do incremento relativo à tripla reincidência, tornando inaplicável a almejada atenuante da confissão. Iter criminis bem sopesado na Origem. Penas diminuídas. Regime fechado preservado. Provimento parcial."

No presente **writ**, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal na segunda fase da dosimetria, ao argumento de que a agravante da reincidência não foi compensada com a atenuante da confissão espontânea.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para retificar a dosimetria

da pena, compensando integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão (fls. 3-10).

As informações foram prestadas às fls. 45-67.

O Ministério Público Federal, às fls. 69-72, manifestou-se pela denegação da ordem.

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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

A pretensão deduzida no **mandamus** tem como fundamento o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, com a consequente compensação com a agravante da reincidência.

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

"Na segunda fase, malgrado o posicionamento do Ilustre Preopinante, de rigor a manutenção do aumento de 1/3 (3 anos, 6 meses, 20 dias de reclusão e 17 dias-multa), pela tripla reincidência (Proc. nº 9146/08, por furto qualificado; Proc. nº 73656/09, roubo circunstanciado tentado; e Proc. nº 107945/11, receptação, conforme fls. 117/119), tornando inaplicável a almejada atenuante da confissão (ainda que possível o seu reconhecimento, à luz da Súmula/STJ nº 50 5), bem como pela preponderância daquela sobre esta, nos termos do CP, art. 67.

Não se desconhece - como reiteradamente dito pela Defesa - a existência de entendimentos sobre a possibilidade de compensação. Todavia, o Apelante ostenta três condenações definitivas, uma das quais, inclusive, específica, o que autoriza a manutenção da fração eleita, daí porque impertinente qualquer amortização nesse estágio, pois, indubitavelmente, merecedor de maior reprovação, em respeito aos princípios da

individualização e proporcionalidade."

Sobre o tema, 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."*

O acórdão impugnado, ao fundamentar a presença de autoria do crime em desfavor do paciente, exarou que *"Acervo probante impecável, composto pela confissão espontânea - confirmando ter pulado o muro do estabelecimento para subtrair os calçados e demais objetos, refutando, contudo, o arrombamento -, corroborada pelos depoimentos dos PMs Gabriel e Leonardo, por quem ALEX foi surpreendido galgando o muro alto do local em poder dos objetos subtraídos e imediatamente abordado, cujos pertences foram identificados pelo ofendido Vitor, o qual noticiou o arrombamento da porta de seu comércio (comprovado pelo laudo de fls. 137/141), a absolvição era inviável, tanto que a Defesa não se volta contra a justeza da condenação, mas, tão somente, contra os elementos norteadores da dosimetria."*

Na hipótese, 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, de sorte que o acórdão impugnado está em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.

Nesse sentido, 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).

"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).

Outrossim, nos termos do artigo 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve se aproximar das circunstâncias preponderantes, compreendidas como tais, as referentes aos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Quanto ao mencionado dispositivo, extrai-se do posicionamento da **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, que *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."*

Ocorre que ao se possibilitar a compensação entre as respectivas circunstâncias, não foi anunciado ou mesmo ressalvado a aplicabilidade de quaisquer das espécies de reincidência, vale dizer, *possibilitou-se, ainda que tacitamente, e para os referidos fins, que fossem viabilizados tanto o seu viés genérico, quanto o específico.*

Nesse diapasão, a **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do **habeas corpus** n. 365.963/SP, em 11/10/2017, firmou entendimento no sentido da *"possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica), ressalvados os casos de multireincidência"*.

Todavia, in casu, tratando-se de paciente multirreincidente, com três condenações por crimes contra o patrimônio, não há que se falar em compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Nesse diapasão, o agravamento da pena na fração de 1/3 (um terço) foi corretamente fundamentado pelo Tribunal **a quo**, em razão da multirreincidência do paciente.

Sobre o tema:

**"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.
ROUBO. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO
LEGAL. RÉU MULTIRREINCIDENTE. CONFISSÃO**

ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...] 3. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. *Tratando-se de paciente que registrava sete condenações transitadas em julgado ao tempo dos fatos, sendo que apenas uma delas foi valorada na primeira fase de individualização da pena, não há se falar em compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.* Mais: o concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundava em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Por certo, conquanto o réu tenha confessado a prática delitiva, o que implicaria redução da reprimenda em 1/6, a exasperação na fração de 1/6 pela reincidência foi bastante benéfica ao réu, considerando a sua multirreincidência, inexistindo manifesta ilegalidade a ser sanada na via do writ.

5. Writ não conhecido." (HC 375.917/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 15/03/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXASPERAÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE, COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 5. *Predomina na jurisprudência do Superior*

Tribunal de Justiça o entendimento de que a multireincidência constitui justificativa idônea para acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena.

6. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores [...]." (HC 344.262/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 02/05/2016).

Com essas considerações, passo ao redimensionamento da pena.

Diante da pena-base fixada acima do mínimo legal, na segunda fase, atenuo a reprimenda em um sexto, ao passo em que, agravo-a em um terço. Presente a causa de diminuição de pena referente ao crime tentado, torno-a definitiva em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 08 (oito) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para fixar a pena definitiva em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 08 (oito) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator