HABEAS CORPUS Nº 487.994 - SP (2019/0001013-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - SP0273113
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	THAYS CRISTINA NUNES

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de THAYS CRISTINA NUNES contra acórdão da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0002080-88.2017.8.26.0535.

Consta dos autos que a Paciente foi condenada como incursa no art. 155, § 1.º e § 4.º, inciso I, do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, por ter, no dia 26/08/2017, juntamente "*com indivíduo não identificado, subtraiu, para proveito comum, mediante escalada, alguns metros de fios de cobre, pertencente à empresa New Car F. e Pintura*".

Interposto recurso de apelação pela Defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento nos termos do acórdão assim ementado (fl. 29):

> "*FURTO QUALIFICADO (ART 155, §§ 1ª e 4º, INC. II, CÓDIGO PENAL). Materialidade e autoria delitivas comprovadas ré presa em flagrante na posse do bem. Reconhecimento da confissão inviabilidade recorrente que não confessou a prática do furto. Afastamento da qualificadora impossibilidade repouso noturno configurado - majorante tem caráter objetivo e a norma visa proteger o sossego e o descanso dos moradores no período noturno.*
>
> *Ausência de incompatibilidade entre o furto qualificado pelo concurso de agentes e a majorante repouso noturno.*
>
> *Pena e regime aplicados de forma correta. Sentença mantida. Recurso desprovido*"

No presente *writ*, sustenta a Defensoria Pública que a Paciente sofre constrangimento ilegal, argumentando que a magistrada de primeiro grau se embasou na confissão espontânea para condenar a ré, deixando de "*aplicar a atenuante genérica prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, sob o argumento de que esta confissão foi parcial* (fl. 3).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

As informações foram prestadas (fls. 43-60).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fl. 67-67).

É o relatório.

Decido.

A sentença, quanto à dosimetria, adotou a fundamentação a seguir transcrita (fls. 15-16; sem grifos no original):

> *"**As condições previstas no artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis à acusada, eis que, conforme Folha de Antecedentes e certidão juntada aos autos (fls. 199), possui uma condenação definitiva também por crime de furto, apta a caracterizar antecedente criminal desabonador.***
>
> *Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em dois anos e seis meses de reclusão e doze dias-multa, já considerada a qualificadora apontada no aditamento à denúncia.*
>
> ***Na segunda fase do cálculo, não há agravantes ou atenuantes. Não há como reconhecer a confissão espontânea na narrativa cheia de subterfúgios e de falsas justificativas, sem o mínimo arrependimento, e que sequer constituiu elemento relevante para apuração do crime e de sua autoria.***
>
> *N**a terceira fase do cálculo, evidenciada a circunstância prevista no parágrafo 1º do artigo 155, eis que o delito foi praticado durante o repouso noturno, impõe-se a majoração da pena na fração de 1/3**, passando para: três anos e quatro meses de reclusão, e dezesseis dias-multa.*
>
> *Em razão da quantidade da pena aplicada e, especialmente, dos maus antecedentes da ré, e da clara reiteração criminosa, não há como conceder à ré os benefícios previstos no artigo 44 e seguintes do Código Penal, e, pelas mesmas graves razões, entendo que a acusada não faz jus ao amplo regime aberto, impondo-se a fixação do regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal."*

O Tribunal de origem, por sua vez, confirmou o entendimento do Juízo de primeiro grau, não reconhecendo a atenuante da confissão na dosimetria da pena, consignando que (fl.31-32; sem grifos no original):

> *"Sopesadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, a pena base foi fixada acima do mínimo, devido aos maus antecedentes, conforme Folha de Antecedentes e certidão juntada aos autos (fls. 199), o que resultou em dois anos e seis meses de reclusão e doze dias-multa.*
>
> *Na segunda fase, a pena permaneceu no* quantum *acima destacado, porquanto, há agravantes ou atenuantes.*
>
> ***Inviável o reconhecimento da confissão, uma vez que ela não ocorreu.***
>
> ***Ora, a ré disse que ia a uma padaria nas proximidades quando encontrou um rapaz desconhecido já praticando o furto. Negou que fios tenham sido efetivamente subtraídos, alegando que somente na delegacia isso lhe foi informado. Alegou que estava ajudando o rapaz.***
>
> [...]
>
> *Na terceira fase, presente a causa de aumento referente à prática do furto durante o repouso noturno, a pena sofreu majoração da pena na fração de 1/3, passando para: três anos e quatro meses de reclusão, e dezesseis dias-multa."*

Inicialmente, destaco que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

Confira-se, a propósito, o teor do enunciado n.º 545 da Súmula desta Corte de Justiça**:**

> *"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."*

Todavia, na espécie, não há que se aplicar a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, uma vez que, consoante se observa dos trechos acima transcritos, o Magistrado não se utilizou da confissão como prova para embasar a condenação.

Com efeito, a confissão judicial não foi utilizada para fundamentar a condenação, tendo sido utilizados para a formação do convencimento o relato das

vítimas e a identificação feita autoridade policial.

Por conseguinte, incabível reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

Nesse sentido:

"[...] *2.* ***A versão apresentada pelo réu sobre os fatos que lhe foram imputados não foi utilizada para a formação do convencimento da Magistrada, que se valeu nos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da atenuante da confissão.***

[...]" (HC 490.942/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 08/04/2019; sem destaques no original.)

"[...] *2. É certo que, nos termos da Súmula 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".*

3. Contudo, ***nos casos em que o sentenciante e o Tribunal de origem afirmam que a declaração extrajudicial não foi utilizada para sustentar a condenação do agente, não há falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea****. Precedentes.*

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 391.910/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 28/8/2017; sem destaques no original.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora