HABEAS CORPUS Nº 466.244 - SC (2018/0219087-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	VOLNEI DA ROSA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **VOLNEI DA ROSA** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 mês e 28 dias de detenção, a ser cumprida em regime inicial aberto, pelo cometimento do delito previsto no art. 147 do Código Penal; e a 5 meses de detenção pela prática do crime do artigo 129, § 9º, do mesmo diploma legal, em concurso material.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, à qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para reajustar as penas do paciente para 1 mês e 23 dias de detenção, pelo delito previsto no art. 147 do Código Penal e para 4 meses e 22 dias de detenção quanto ao crime do art. 129, § 9º, do mesmo *Codex*, nos moldes da seguinte ementa:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9, DO CÓDIGO PENAL) E CRIME DE AMEAÇA (ART. 147, DO CÓDIGO PENAL), PRATICADOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. INSURGÊNCIA CONTRA A DOSIMETRIA PENAL. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS DA CULPABILIDADE E DOS MOTIVOS DO CRIME. VIABILIDADE APENAS QUANTO AO VETOR DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REAJUSTE APLICADO NO PONTO. MOTIVOS DO CRIME QUE, PELO CONTEXTO FÁTICO, REVELAM MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DELITO PRATICADO POR MOTIVAÇÃO FÚTIL. MAJORAÇÃO MANTIDA. SEGUNDA FASE. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, III, 'D', DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA NÃO UTILIZADA PELO MAGISTRADO NA FUNDAMENTAÇÃO DA CONDENAÇÃO E QUE NADA ATRIBUIU PARA A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. '[...] a confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação (TJSC,

> Revisão Criminal n. 4011979-52.2017.8.24.0000, de Mafra, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 26-07-2017)'. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES. INVIABILIDADE. AGENTE QUE PRATICOU MAIS DE UMA AÇÃO AUTÔNOMA E INDEPENDENTE E PRODUZIU DOIS CRIMES DISTINTOS. INCIDÊNCIA DO CONCURSO MATERIAL DE DELITOS (CP, ART. 69). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO." (e-STJ, fl. 187)

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em suma, que: a) a Corte de origem, "embora tenha reconhecido a presença da confissão qualificada, deixou de determinar a incidência da atenuante da confissão" (e-STJ, fl. 7); b) houve flagrante ilegalidade consistente no fato de ter sido mantida a incidência da agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal, no crime de ameaça imputado ao paciente, o que caracterizada indevido *bis in idem*, visto que já existe um agravamento da pena, instituído no art. 17 da Lei n. 11.340/2006, o qual "equivale a uma qualificadora, ao agravar em abstrato a pena mínima cominada ao delito" (e-STJ, fl. 16), pois impede a aplicação de multa isolada.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, bem como para que seja excluída a agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal, reduzindo-se a reprimenda imposta ao paciente.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ, fl. 240), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 315-324).

É o relatório.

Decido.

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.

Feitas tais considerações, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

De início, no que tange ao afastamento da agravante do art. 61, II, "f", do Código Penal, a Corte local rechaçou o pleito nos seguintes termos:

> "Não obstante os argumentos defensivos, a aplicação da agravante prevista no artigo 61, II, 'f', do Código Penal, nos crimes de ameaça, de modo conjunto com outras disposições da Lei n. 11.340/2006, não implica no reconhecimento de *bis in idem*.
> É que as vedações previstas na Lei Maria da Penha, tal como essa prevista no artigo 17, que impossibilita aplicação da pena de multa isoladamente, visam recrudescer o tratamento dado para a violência doméstica e familiar contra a mulher. 'Contudo, diferentemente do que quer fazer entender o embargante não serve como justificativa para afastar a agravante prevista no art. 61, II, 'f', do CP, por se equiparar a uma qualificadora, notadamente porque não se trata de elementar dos injustos penais cometidas no âmbito da violência doméstica e familiar. Ao contrário, tal vedação busca afastar a sensação de

> impunidade, vindo ao encontro da natureza afirmativa e protetiva da Lei n. 11.340/06.' (TJSC, Embargos de Declaração n. 0137948-56.2013.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 08-05-2018)." (e-STJ, fls. 227-228)

Ao adotar este entendimento, a Corte local vai ao encontro da jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que "a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, 'f', do CP, de modo conjunto com outras disposições da Lei n. 11.340/06 não acarreta *bis in idem*, pois a Lei Maria da Penha visou recrudescer o tratamento dado para a violência doméstica e familiar contra a mulher" (AgRg no AREsp 1079004/SE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 28/6/2017).

Nessa mesma linha de raciocínio:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. AMEAÇA. AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL. RITO DA LEI MARIA DA PENHA (ART. 17). *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. O art. 17 da Lei n. 11.340/2006 foi editado com a finalidade de refrear o suposto agressor da mulher de reiterar nas condutas delituosas, não estando mais sujeito ao mero pagamento de multa em decorrência de violência contra a mulher. Já a agravante prevista no art. 61, II, 'f', do CP, visa ao incremento da pena diante da maior gravidade dos atos delituosos com prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher. Dessa forma, patente a conclusão de que os preceitos possuem fundamentos distintos, não sendo aptos à configuração do suscitado *bis in idem*, não havendo nenhuma ilegalidade na incidência da aludida agravante, aplicada em relação ao crime de ameaça, ainda que em conjunto com outras disposições da Lei n. 11.340/2006. (AgRg no HC 459.128/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018).
> 2. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no HC 481.518/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019)

Logo, não se constata qualquer ilegalidade a ser sanada nesse ponto.

Por outro lado, com relação ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, observa-se que a Corte de origem negou a incidência nos seguintes termos:

> "Na segunda fase, o apelante busca reajuste do *quantum* da pena, fundamentando que deve ser reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea.
> Mas, sem razão.
> O magistrado de primeiro grau fundamentou que a confissão foi qualificada, uma vez que apesar de ter admitido que agrediu a companheira, o acusado justificou a sua conduta, alegando que foi inicialmente agredido por ela.
> A Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça menciona que: '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'.
> Portanto, ainda que seja qualificada, a confissão deve ser reconhecida quando utilizada para fundamentar a condenação.
> No caso presente o sentenciante fundamentou que não se utilizou da confissão parcial para a condenação, não tendo contribuído para a elucidação dos fatos, porquanto a agressão se mostrou inegável diante das provas coligidas (fl. 98)." (e-STJ, fl. 194)

Acerca da confissão, restou consignado na sentença:

> "A atenuante da confissão espontânea não tem o condão de trazer a pena abaixo do mínimo legal. Igualmente, ainda que preponderante, não pode se sobrepor a quatro circunstâncias negativas, especialmente diante de cinco condenações que apesar de não gerarem reincidência, caracterizam maus antecedentes. No caso ainda deixo de considerar a confissão do réu como atenuante. É que não há falar sequer em confissão parcial porque em que pese tenha admitido que agrediu a companheira, o que se mostrou inegável diante das provas coligidas, certo é que alegou ter sido agredido, o que de fato não se verificou." (e-STJ, fl. 116)

Da leitura do excerto da sentença, não se pode concluir que a confissão feita pelo paciente não serviu de base para a condenação, como mencionou a Corte local. Ao que se extrai da sentença, o motivo para a não incidência a atenuante da confissão espontânea foi o fato de ter sido qualificada, uma vez que o réu alegou que agrediu a vítima porque havia sido agredido também.

Sobre a questão, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.
> **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 mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.**
> 2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.

> 3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.
> 4. "A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora" (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).
> 5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se);
>
> "*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." (HC 393.104/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se).

Nesse contexto, passo à nova dosagem da pena, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, ainda que ela tenha sido qualificada.

- Crime de ameaça (art. 147 do CP)

Partindo da pena-base, a qual foi estabelecida em 1 mês e 16 dias de detenção, o que deve ser mantido, impõe-se reconhecer, conforme o acima consignado, a confissão espontânea do agente, devendo, portanto, ser promovida a compensação integral entre tal atenuante e a agravante do art. 61, II, "f", do CP, ficando a pena inalterada na segunda fase do cálculo dosimétrico. Por fim, dada a inexistência de circunstância legal a ser valorada na terceira fase da dosimetria, a pena totaliza 1 mês e

16 dias de detenção.

- Crime de lesão corporal (art. 129, § 9º, do CP)

Partindo da pena-base, a qual foi estabelecida em 4 meses e 22 dias de detenção, o que deve ser mantido, impõe-se reconhecer, conforme o acima consignado, a confissão espontânea do agente, devendo, portanto, ser promovida a diminuição da pena em 1/6, resultando em 3 meses e 28 dias de detenção. Por fim, dada a inexistência de circunstância legal a ser valorada na terceira fase da dosimetria, a pena fica estabelecida no patamar de 3 meses e 28 dias de detenção.

Por fim, mantida a regra do concurso material de crimes (art. 69 do CP), as penas devem ser somadas, resultando no patamar definitivo de 5 meses e 14 dias de detenção.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim reconhecer a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, redimensionando a reprimenda definitiva para 5 meses e 14 dias de detenção, mantido, no mais, o teor do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro