

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 527.566 - SP (2019/0242626-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN RIZ MACEDO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **WILLIAN RIZ MACEDO** contra acórdão do Tribunal de Justiça Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 anos e 26 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 24 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (e-STJ, fls. 11-14).

Em sede recursal, o Colegiado de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a reprimenda para 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 21 dias-multa, em acórdão assim ementado:

"ROUBO CIRCUNSTANCIADO. Recurso defensivo limitado à dosimetria. Pretendido o reconhecimento da tentativa. Impertinência. Inversão da posse, ainda que de forma efêmera, o que se afigura suficiente à consumação. Inteligência da Súmula/STJ, nº 582. Preservação do incremento operado na 1ª etapa. Redução do aumento aplicado pela reincidência. Inviabilidade de aplicação da atenuante da confissão, porque parcial e incompleta. Penas reduzidas. Manutenção do regime fechado. PARCIAL PROVIMENTO." (e-STJ, fl. 23)

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual alega, em síntese, ser de rigor a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência na dosimetria do paciente. Aduz que ambas as circunstâncias são preponderantes porque resultam da personalidade do agente e a confissão do paciente, ainda que parcial, foi utilizada como elemento para a condenação.

Requer a concessão da ordem a fim de que sejam compensadas as circunstâncias da confissão espontânea e da reincidência.

Sem pedido de liminar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 33-35).

É o relatório.

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.

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.

Na hipótese dos autos, a Corte local deixou de reconhecer a incidência da

Superior Tribunal de Justiça

atenuante da confissão espontânea nos seguintes termos:

"Ainda nesta etapa, a despeito do inconformismo defensivo, realmente não era caso de incidência da atenuante da confissão, pois parcial e incompleta, na medida em que negou o emprego de violência física, falseando a verdade, com o intuito de amenizar sua responsabilidade." (e-STJ, fls. 26-27)

Com efeito, 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.

Superior Tribunal de Justiça

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).

Ainda, 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". Recentemente, em 11/10/17, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou-se a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.

No caso em testilha, o acórdão impugnado noticia a existência de três títulos condenatórios transitados em julgado sopesados na segunda fase da dosimetria, o que denota a **multirreincidência**, impossibilitando a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência específica.

Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

A fim de corroborar o referido entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

"**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES CONSUMADO E FURTO SIMPLES TENTADO. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES. MESMO FUNDAMENTO PARA EMBASAR AS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em

vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.

3. No caso, o mesmo fundamento - condenações anteriores - foi utilizado para valorar negativamente os maus antecedentes e a conduta social, o que configura constrangimento ilegal. Dessa forma, necessário afastar a valoração negativa referente à conduta social.

4. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal" REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013).

5. Na espécie, trata-se de réu multirreincidente, razão pela qual admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 404.110/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017, grifou-se);

"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.,

Superior Tribunal de Justiça

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).

Nesse contexto, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser procedida à compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Passo, pois, à nova dosimetria da pena.

Partindo da pena-base fixada em 5 anos e 4 meses, na segunda fase reconheço a atenuante da confissão espontânea e promovo a compensação parcial desta circunstância com a agravante da reincidência.

O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

In casu, verifica-se que o réu ostentava três condenações transitadas em julgado aptas a configurar agravante da reincidência. Assim, considerando ser cabível aumento superior a 1/6 pela multirreincidência, bem como a possibilidade de compensação de um dos títulos condenatórios com a atenuante da confissão espontânea, remanescendo duas condenações a serem valoradas, mostra-se proporcional o aumento de 1/5 na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

A corroborar:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.

- Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se

Superior Tribunal de Justiça

proporcional ao caso em tela. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 322.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

Nesse contexto, aplico a fração de 1/5 de aumento na segunda fase, resultando a pena intermediária em 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, além de 15 dias-multa.

Na terceira etapa, fica mantido o aumento da pena em 1/3 pela incidência da causa de aumento relativa ao concurso de agentes, totalizando a reprimenda em 8 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 20 dias-multa.

Por fim, tendo em vista o quanto de pena fixado e a reincidência do paciente, o regime fechado fica mantido.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, porém **concedo** a ordem, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-se parcialmente com a agravante da reincidência, redimensionando a pena definitiva para 8 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, além do pagamento de 20 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator