

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 497.643 - SC (2019/0067855-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
JULIANA BRAIDOTI RODRIGUES - SP350134
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EMERSON ANTUNES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **EMERSON ANTUNES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 25 anos e 8 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso do art. 157, § 3º, do Código Penal (e-STJ, fls. 317-350).

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, a defesa ajuizou revisão criminal, que não mereceu conhecimento, nos moldes da seguinte ementa:

"REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DE LATROCÍNIO (CP, ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE). DOSIMETRIA.

A reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia.

SEGUNDA FASE – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DO ART. 65, III, D, DO CP – IMPOSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE AO TEMPO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – IRRETROATIVIDADE DO ENUNCIADO N. 545 DO STJ – NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO.

"De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal" (STJ, Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

PEDIDO NÃO CONHECIDO" (e-STJ, fl. 618).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que o paciente faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, devendo tal atenuante ser integralmente compensada com a agravante da reincidência. Alega, ainda, que a jurisprudência mais benéfica deve retroagir em favor do réu.

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja reduzida a pena intermediária do paciente em virtude da compensação integral entre a agravante da reincidência com a atenuante de confissão espontânea.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fl. 1183).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 1294-1295).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no

Superior Tribunal de Justiça

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Está inscrito no decreto condenatório:

"Na segunda fase da dosimetria, não visualizo a presença de atenuantes, entretanto presente a agravante de ter sido cometido o delito contra maior de 60 anos (art. 61, II, h, CP), justificando-se o acréscimo ao patamar de 25 anos e 8 meses de reclusão e 15 dias-multa. Neste ponto, anota-se que o réu, ao ter mudado a sua versão negando os fatos, não merece a atenuante da confissão, já que esta pressupõe a facilitação na apuração do delito, ao passo que o réu veementemente negou sua prática, embora com pouca credibilidade.

Entretanto, as agravantes da reincidência (art. 61, I, CP) e daquela prevista no art. 61, II, "I" do CP (ter cometido o crime em estado de embriaguez preordenada), não merecem ser agasalhadas.

Justifica-se.

No que tange à agravante da reincidência não há no processo certidão dando conta de ter sido o acusado Osmar, condenado definitivamente por crime antes da prática da infração penal ora em análise e que não tenha decorrido o prazo depurador constante do art. 64, I, do Código Penal.

O processo apenas menciona certidões existentes nos autos 000008-45.2012.8.24.141, desapensados deste processo, onde demonstrariam o estado de reincidência e de maus antecedentes (este último para análise da primeira fase - circunstâncias judiciais – art. 59 CP), entretanto não foram reproduzidas cópias neste processo das famigeradas certidões, não havendo assim como serem analisadas e utilizadas para o reconhecimento da agravante perquerida.

No mesmo norte segue a análise do reconhecimento da agravante da embriaguez voluntária tipificado no art. 61, II, "I", CP, uma vez que os réus teriam de forma voluntária ingerido substância alucinógena (entorpecentes – crack), para a prática infracional.

Ocorre que no enredo dos fatos analisados no processo, além da situação de que o corréu Osmar seria usuário contumaz de entorpecentes e a sua defesa usar a tese de que estaria entorpecido quando da prática infracional, no que diz respeito ao acusado Emerson Antunes nada foi apontado que diga ter ele cometido a prática infracional em razão do estado preordenado de consumo de química.

Superior Tribunal de Justiça

Destarte, não havendo provas contundentes de que o réu usou entorpecentes com o propósito de cometer o crime, não há como fazer incidir a agravante do art. 61, II, "I" do CP" (e-STJ, fls. 346-348).

Com efeito, " a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando a sua aplicação retroativa, o que afasta as alegações de constrangimento ilegal e teratologia trazidos pelo agravante (AgRg no HC 445.141/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe 1º/10/2018; AgRg no REsp 1816088/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 22/8/2019; AgRg no REsp 1.663.112/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/8/2017; AgRg no REsp 1594245/SP, da minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018).

No caso, contudo, deve ser reconhecida a presença de manifesta ilegalidade na dosagem da pena a ser sanada mediante a concessão da ordem de ofício.

Isso porque, 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,

Superior Tribunal de Justiça

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). descabe falar em compensação entre o referida agravante, que não logrou ser considerada, com a atenuante da confissão espontânea.

De fato, conquanto tenha o réu se retratado em juízo, a sua confissão extrajudicial foi valorada na formação do juízo condenatório, conforme se depreende da leitura da sentença, impondo-se, portanto, a incidência da minorante do art. 65, III, "d", do CP.

Ainda, percebe-se que o Magistrado processante deixou de reconhecer a reincidência do agente, considerando a inexistência de comprovação do trânsito em julgado do decreto condenatório anterior, tendo, porém, reconhecido a incidência da agravante do art. 61, II, "f", do CP.

Nesse passo, de rigor o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e sua compensação integral com a retrocitada agravante etária, devendo a pena permanecer inalterada na etapa intermediária da dosagem da pena.

Passa-se à nova dosagem da pena.

Na primeira fase, a reprimenda foi fixada em 22 anos de reclusão. Em seguida, pela compensação integral entre as retrocitadas agravante e atenuante, deve a pena permanecer inalterada. Por fim, à mímica de circunstâncias a serem sopesadas na etapa derradeira da dosimetria, torno a pena definitiva em 22 anos de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar a reprimenda em 22 anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado, mais 15 dias-multa.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

