

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 500.164 - SP (2019/0081836-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DIORGINNE PESSOA STECCA E OUTROS
ADVOGADOS : GUSTAVO ALTINO FREIRE - SP281195
DIORGINNE PESSOA STECCA - SP0282072
FERNANDO DE OLIVEIRA ROMERO - SP403382
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODOLFO APARECIDO DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RODOLFO APARECIDO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0004564-66.2014.8.26.0346.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado, em primeira instância, por infração aos arts. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, 330 e 331, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 1 ano, 9 meses e 17 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e 22 dias-multa, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 meses e 10 dias (fls. 134/138).

Inconformada, apelou a defesa e o Tribunal de origem proveu em parte o recurso para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 1 ano, 2 meses e 17 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e 22 dias-multa, mantida a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por 2 meses e 10 dias (fls. 184/190).

Na presente oportunidade (fls. 2/20), os impetrantes alegam, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de ter havido a prescrição da pretensão punitiva porquanto *observa-se a operação da prescrição entre a data do recebimento da denúncia que foi em 23 de julho de 2015 e o trânsito em julgado que se deu com o Acórdão proferido em 09 de*

Superior Tribunal de Justiça

agosto de 2018, pelo espaço de 03 (três) anos entre estas duas datas (fl. 10). Aponta incidir ao caso o disposto no art. 119 do Código Penal, segundo o qual, quando há concurso de crimes, a extinção da punibilidade ocorrerá isoladamente para cada crime. E, no caso, cada um dos crimes imputados ao paciente não tem pena superior a 1 ano, de forma que o prazo prescricional ocorre em 3 anos.

Aduz que houve confissão quanto ao delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, de forma que a atenuante deve ser compensada com a agravante de reincidência, aplicando-se à hipótese a jurisprudência firmada nesta Corte acerca do tema.

Por fim, aponta estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 33 do Código Penal para a fixação do regime inicial aberto, ao fundamento de que o regime inicial semiberto é desproporcional à pena aplicada; bem como para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o adimplemento dos requisitos constantes do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, compensada a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, aplicado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 238/240).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem, por parecer assim ementado (fls. 244/250):

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL, DESACATO E DESOBEDIÊNCIA. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE NÃO CONFESSOU A PRÁTICA DO DELITO. ALTERAÇÃO DE REGIME. INVIABILIDADE. PACIENTE BENEFICIADO COM A

Superior Tribunal de Justiça

APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA. RÉU REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. PRAZOS PRESCRICIONAIS DE 03 (TRÊS) E 04 (QUATRO) ANOS. INTERVALOS ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS NÃO SUPERIORES. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

- Não se conhece de habeas corpus impetrado contra ato judicial passível de impugnação pela via do recurso próprio.

- Consoante a jurisprudência desse C. STJ, para atenuar a pena, a confissão deve ser utilizada para embasar a condenação, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que o paciente negou a prática do delito.

- Em relação ao pedido de alteração de regime prisional, o paciente já foi beneficiado com a imposição do regime semiaberto, nos termos da Súmula nº 269/STJ, que dispõe que “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

- A reincidência é capaz de fundamentar idoneamente a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme entendimento desse C. STJ.

- No presente caso, não se constata a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pois, entre os marcos interruptivos, não se passaram 03 (três) e 04 (quatro) anos.

- Parecer pelo não conhecimento da ordem de habeas corpus.

Pela petição de fls. 254/258, a defesa do paciente reitera o pedido de aplicação de regime inicial aberto.

É o relatório.

Decido.

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a

Superior Tribunal de Justiça

utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão, ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, inicialmente, seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e, subsidiariamente, seja compensada a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, aplicado o regime inicial semiaberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com relação à pretensão de declaração da prescrição da pretensão punitiva, consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 meses de detenção, 11 dias-multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor por 2 meses e 10 dias, pela prática do crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro; à pena de 17 dias de detenção e 11 dias-multa, pela prática do crime do art. 330 do Código Penal; e 1 ano e 2 meses de detenção, pela prática do crime previsto no art. 331 do Código Penal.

Prevê o art. 119 do Código Penal que a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos delitos isoladamente, quando se tratar de concurso de crimes.

Também prevê o art. 109, incisos V e VI, do Código Penal, que o prazo prescricional é de três anos para os crimes cuja pena máxima é inferior a 1 ano e em quatro, se o máximo da pena é igual a um ano, ou, sendo superior, não excede a dois. Diante disso, é de três anos o prazo prescricional das penas previstas nos arts. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e 330 do Código Penal

Superior Tribunal de Justiça

e de quatro anos para o crime previsto no art. 331 do Código Penal.

No caso, quanto aos marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva, previstos no art. 117 do Código Penal, ressalto que o delito ocorreu em 23/11/2014, o recebimento da denúncia em 23/7/2015, a publicação da sentença penal condenatória em 2/8/2016 e a publicação do acórdão em 14/8/2018. Verifica-se, portanto, que não se constata a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pois não houve o decurso de 3 e 4 anos entre os marcos interruptivos acima mencionados.

Quanto ao pleito de compensação da atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, a leitura da sentença e do acórdão impugnado deixa claro que sequer houve a confissão do paciente. Confirmam-se os seguintes trechos:

O RÉU, interrogado, negou os fatos. Disse que, no dia, foi agredido pelos policiais e que não ingeriu bebidas alcoólicas.

Os fatos, segundo alegou, decorrem de perseguição por problemas envolvendo o seu irmão e a polícia. Condenação de rigor. Os policiais foram uníssonos e apresentaram versão convincente quanto à (i) embriaguez, (ii) desobediência e (iv) desacato. Crime do art. 306, CTB. A prova testemunhal é segura ao afirmar a existência de sinais claros de embriaguez do acusado, em razão do conjunto de provas formatado nesta audiência e ante o atesto do exame clínico (sentença - fl. 135).

O acusado, em juízo, admitiu ter sido abordado pelos policiais militares Aristóteles e Mateus, porém, negou ter cometido os crimes que lhe foram imputados (mídia digital de fls. 113). Entretanto, sua versão ficou isolada nos autos (acórdão - fl. 186).

Verifica-se, portanto, que o paciente não admitiu a prática de qualquer delito, de forma que a sua manifestação não concorreu como fundamento para a condenação, o que afasta a incidência da atenuante de confissão, nos termos do enunciado 545 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

Superior Tribunal 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.

Ademais, se as instâncias ordinárias concluíram que o paciente não confessou os crimes imputados, impossível infirmar tal entendimento, por implicar amplo reexame de matéria fático-probatória, procedimento incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. FASE INTERMEDIÁRIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARA O CRIME DE ASSOCIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal.

III - In casu, o eg. Tribunal de origem, analisando o contexto fático-probatório dos autos, afirmou peremptoriamente que o paciente confessou exclusivamente a prática do tráfico de drogas, mas não a associação, razão pela qual não fez incidir na dosimetria da pena a referida atenuante. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

Habeas corpus *não conhecido* (HC 393.913/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 15/8/2017, DJe 21/8/2017).

Superior Tribunal de Justiça

Igualmente não vislumbro constrangimento ilegal pelo regime inicial aplicado (semiaberto), considerada a reincidência do paciente, nos termos do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte.

Por fim, a reincidência é capaz de fundamentar idoneamente a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme entendimento pacificado pela jurisprudência desta Corte. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A ESTREITA VIA DO MANDAMUS. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. SÚMULA 269-STJ. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DO ART. 44, CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

III - In casu, as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas suficientes de materialidade e da autoria delitiva do crime de receptação, descrito no art. 180, caput, do Código Penal. Rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência,

Superior Tribunal de Justiça

é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

IV - Mostra-se correto o v. acórdão impugnado ao manter o regime inicial semiaberto, tendo em vista que se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que "Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (HC n. 382.601/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje de 7/4/2017, destaquei), como se deu no presente caso, em que a paciente teve valoração positiva das circunstâncias judiciais, mas teve contra si reconhecida a circunstância agravante da reincidência.

V - A presença da reincidência não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento do requisito previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 496.010/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DO ART. 44, CÓDIGO PENAL - CP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. No que diz respeito à confissão espontânea do paciente, tem-se que, embora utilizada para lastrear a convicção do julgador acerca da procedência da acusação, não foi considerada circunstância atenuante por ter sido parcial. Entretanto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial,

Superior Tribunal de Justiça

quando utilizada para fundamentar a condenação" (HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2016). Eis o teor da Súmula 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.

3. A presença da reincidência não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento do requisito previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal. A propósito: HC 496010/SC, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2019.

4. Writ não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para aplicar a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena definitiva do paciente para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, mantidos aos demais termos do édito condenatório (HC 484.336/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 16/04/2019).

Ante o exposto, ausente o apontado constrangimento ilegal, uma vez que o entendimento do acórdão impugnado se conforma com a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

Intime-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator