

**HABEAS CORPUS Nº 541.772 - SP (2019/0319554-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ROMARIO APARECIDO GABRIEL (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ROMÁRIO APARECIDO GABRIEL contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 9 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 157, § 2º, II e V, e § 2º-A, I, do Código Penal (roubo).

A sentença foi mantida em apelação interposta pela defesa (Recurso n. 0049174-95.2018.8.26.0050).

Neste *writ*, a impetrante requer que seja reconhecida e compensada a atenuante da confissão com a agravante da reincidência. Subsidiariamente, busca a redução da fração da reincidência específica.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 71/72).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, caso contrário, pela denegação da ordem (fls. 78/83).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, 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.

No caso, a controvérsia refere-se à confissão espontânea.

Sobre o tema, dispõe o Enunciado n. 545 da Súmula desta Corte 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".*

Da leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, observo que o paciente, acusado da prática do delito de roubo, cuja pena foi aumentada pelo concurso de pessoas, pela restrição de liberdade da vítima e pelo uso de arma de fogo, confessou ter mantido a vítima em cativeiro, mas nega tê-la ameaçado.

Essa confissão parcial dos fatos não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, o qual se valeu dos depoimentos da vítima e do policial militar.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença:

*[...] Romário confessou parcialmente os fatos eis que aduziu versão isolada e fantasiosa. Disse que passava pela rua quando um desconhecido pediu-lhe para manter a vítima em cativeiro. Afirmou que encontrou o corréu somente depois de liberar a vítima e informou que o mesmo não estava envolvido no crime. Negou ter ameaçado a vítima.*

*[...] Com base nas diretrizes do art. 59, do CP, fixa-se a pena-base para cada qual dos réus em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa no piso mínimo unitário legal, fração mínima ausentes elementos acerca da condição econômica dos apenados. A confissão parcial de Romario não serve à atenuação das penas e mesmo que assim não fosse eis que restou arbitrada no mínimo patamar abstratamente previsto consoante entendimento consubstanciado na Súmula nº 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Em vista da reincidência específica de Romario circunstância agravante que reconheço presente com base na condenação da 12ª Vara Criminal desta Capital comprovada nos autos é de rigor o agravamento das sanções em metade: 6(seis) anos de reclusão e 15(quinze) dias-multa. Neste ponto há que ser afastada a tese que prevê como possível a compensação da circunstância agravante da reincidência pela confissão. Inexiste previsão legal para tanto e admissão neste sentido configuraria verdadeira afronta ao imperativo constitucional da legalidade.*

*Ademais não se pode admitir como plausível que as referidas circunstâncias sejam tidas como equivalentes. Enquanto a reincidência é situação que denota contumácia na vida criminosa a confissão é aleatória e ocorre apenas no interesse do apenado lograr redução de pena. Por fim, a exasperação das sanções aplicadas a ambos os réus no patamar de metade é de rigor em vista da presença das causas de aumento de pena dos incisos II e V, do §2º e inciso I, do § 2º -*

# Superior Tribunal de Justiça

A, do art. 157, do CP.  
[...] (fl. 31)

Dessa forma, não há falar em aplicação da referida atenuante.

No mesmo sentido:

*PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO  
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO,  
CONSTRANGIMENTO ILEGAL E LESÃO CORPORAL LEVE.  
CONDENAÇÃO. AFASTAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.  
CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. SÚMULA 545/STJ. NÃO  
UTILIZAÇÃO NO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. AGRAVO  
REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*1. Alterar as conclusões consignadas no acórdão recorrido, para concluir de forma diversa - quanto à condenação do acusado e à ocorrência de legítima defesa, quanto ao crime de lesão corporal -, exigiria a incursão no conjunto fático-probatório e nos elementos de convicção dos autos, o que não é possível nesta Corte Superior. Incidência da Súmula n. 7/STJ.*

*2. Na forma da Súmula n. 545 deste 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. Pela leitura da sentença e do acórdão recorrido, constata-se que a confissão parcial dos delitos não foi utilizada como elemento probatório para a condenação do recorrente, uma vez que os julgadores, mediante soberano exame do contexto probatório, não teceram qualquer consideração acerca da materialidade ou autoria do delito com esteio no depoimento do ora recorrente, não devendo ser aplicada a atenuante em questão.*

*3. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no REsp 1665865/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017)*

Referente à fração da reincidência, verifico que a Corte estadual aumentou as penas em 1/2, em razão da reincidência específica do paciente. Acontece que o entendimento desta Quinta Turma é no sentido de que essa especificidade, por si só, não justifica aumento superior a 1/6.

Confira-se:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE*

# *Superior Tribunal de Justiça*

**RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O RECONHECIMENTO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/6 CABÍVEL. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

4. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão das agravantes genéricas, o incremento da pena em fração superior a 1/6 deve ser devidamente fundamentado.

5. In casu, o Colegiado a quo justificou a aplicação da agravante na fração de 1/4 diante do fato de o paciente ser reincidente específico. **Ocorre que a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que, ostentando o paciente apenas uma condenação anterior para fins de reincidência, mostra-se desproporcional o aumento em patamar superior a 1/6, com amparo apenas no fato de se tratar de reincidente específico.**

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 14 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do acórdão ora impugnado.

(HC 497.194/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019)

Passo à nova dosimetria das penas.

Pena-base de 4 anos de reclusão e 22 dias-multa. Acréscimos de 1/6 pela reincidência e 1/2 pela causa de aumento. Pena final: 7 anos de reclusão, mais 37 dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para reduzir a fração da reincidência específica de 1/2 para 1/6, nos termos acima.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator