

HABEAS CORPUS Nº 518.125 - SP (2019/0185454-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ADRIANA TESTI TIRELLI - SP199940
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAIMUNDO RODRIGUES MORAES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

RAIMUNDO RODRIGUES MORAES alega sofrer coação ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0001191-65.2016.8.26.0537.

O paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 171, *caput* e 171, *caput*, c/c o art. 29, na forma do art. 14, II, ambos c/c o art. 71, todos do Código Penal.

A defesa requer o reconhecimento da atenuante da confissão, com a sua consequente compensação com a agravante da reincidência. Pretende, também, a fixação de regime inicial mais brando.

A liminar foi indeferida e, dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Decido.

O Juiz de primeiro grau registrou que, "**o acusado Raimundo confessou em parte os fatos, dizendo que fez o empréstimo no valor de R\$ 15.000,00, mediante apresentação de documentação falsa**" (fl. 15, grifei). Todavia, deixou de reconhecer a incidência da confissão espontânea, pois o réu "**não confessou integralmente os fatos**" (fl. 17).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, destacou: "**verifica-se que o réu não confessou integralmente a prática delitiva**, vez que negou veemente a tentativa das demais práticas criminosas, limitando-se a admitir

a autoria do delito consumado. Logo **é evidente que se trata de confissão parcial**, eis que o apelante omitiu facetas importante de sua conduta, buscando atenuar sua responsabilização criminal" (fl. 31, destaquei).

Esta Corte Superior possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Dessa forma, verifico o constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, haja vista que a confissão realizada extrajudicialmente foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, **devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal**.

Nesse sentido foi editada a Súmula n. 545 do STJ, *verbis*: "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, este Superior Tribunal havia consolidado o entendimento de que a compensação da confissão espontânea com a agravante genérica da reincidência deveria "atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (AgRg no REsp 1.356.527/DF, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 25/9/2013). Vários foram os precedentes que **não permitiam a compensação entre a confissão e a reincidência, quando a recidiva do réu for específica e/ou numerosa**, por evidenciar maior reprovabilidade da conduta. Nesse sentido:

[...]

3. No julgamento do Resp n. 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, 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 art. 67 do Código Penal. A compensação, no entanto, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência.

4. **Não é possível realizar a compensação integral entre**

a confissão e a reincidência, ante a reincidência específica do réu.

[...]

8. Ordem não conhecida.

(**HC n. 309.243/SP**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 11/9/2015, destaquei).

Contudo, em sessão realizada em 11/10/2017, a Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do **HC n. 365.963/SP**, Rel. Ministro Felix Fischer, decidiu, em acórdão pendente de publicação, **ser possível a integral compensação da atenuante da confissão espontânea com a reincidência específica.**

Assim, constato que não há óbice à compensação integral entre a confissão espontânea e a agravante da reincidência, ainda que específica, pois não foi indicado no acórdão impugnado a existência de múltiplas condenações a título de reincidência.

Caracterizada a coação ilegal, passo à readequação da pena.

Respeitados os critérios adotados pelas instâncias antecedentes, verifico que a pena-base foi fixada 1/4 acima do mínimo, pelos maus antecedentes, em 1 ano e 3 meses de reclusão, mais 12 dias-multa. Na segunda etapa, a pena foi elevada em 1/4 pela reincidência. Reconhecida a confissão espontânea, realizo a compensação integral entre ambas, o que mantém a pena inalterada. Na terceira fase, foi reconhecida a tentativa para uma das condutas, reduzindo-se a sanção em 1/3, o que perfaz 10 meses de reclusão e 8 dias-multa.

Por fim, a pena do crime mais grave foi elevada em 1/6, pela continuidade delitiva, o que a torna definitivamente estabelecida em **1 ano e 15 dias de reclusão mais 18 dias-multa** (cf. art. 72 do CP).

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade**

concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena. Dessa forma, não há falar em motivação inidônea, lastreada na gravidade abstrata do crime.

No caso dos autos, o réu, **além de ser reincidente específico, possui os antecedentes criminais avaliados como circunstâncias judicial desfavorável**, o que afasta a aplicação da Súmula n. 269 deste Superior Tribunal, "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

À vista do exposto, **concedo a ordem**, a fim de reconhecer a confissão espontânea e compensá-la com a reincidência, reduzindo a reprimenda para **1 ano e 15 dias de reclusão, mais 18 dias-multa**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator