

HABEAS CORPUS Nº 545.636 - SC (2019/0341267-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : TIAGO FIRMO FRACCARO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO FIRMO FRACCARO, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal n. 2013.040751-0.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 42 dias-multa, pela prática dos delitos tipificados no art. 155, § 4º, I e IV, c/c o art. 14, II, e no art. 333, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 13/22).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso, para manter incólume a sentença primeva (e-STJ, fls. 23/33).

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/10), a impetrante afirma que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, na medida em que deixou de reconhecer a atenuante da confissão em seu favor, em relação ao crime de furto qualificado, mesmo ele havendo confessado espontaneamente a autoria do fato, embora haja agregado elementos buscando exonerar sua responsabilidade penal.

Ademais, assevera que a confissão do paciente sobre a autoria da subtração patrimonial foi utilizada pelo Magistrado e pelo Tribunal *a quo* como argumento de reforço à sua condenação, sendo de rigor a aplicação da Súmula n.

545 do STJ, ao presente caso.

Diante disso, requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação em relação ao excesso de pena até o julgamento definitivo desse *mandamus* e, no mérito, requer a redução das sanções para o crime de furto qualificado tentado, ante a incidência da atenuante da confissão espontânea.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 36/37).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 40/42), nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 3 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E 42 DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DOS DELITOS TIPIFICADOS NO ART. 155, § 4º, I E IV, C/C O ART. 14, II, E NO ART. 333, CAPUT, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO QUE, EMBORA QUALIFICADA, FOI EFETIVAMENTE UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PARA A CONDENÇÃO DO PACIENTE. INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO CRISTALIZADA NA SÚMULA 545/STJ. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Busca-se o redimensionamento da pena imposta, em razão da necessidade de reconhecimento da confissão espontânea e a consequente possibilidade de compensação com a agravante de reincidência.

A dosimetria da pena foi mantida pelo Tribunal *a quo* nos seguintes termos (fls. 31/33):

[...]

Na hipótese de condenação quanto ao crime de furto qualificado, requereu o apelante o reconhecimento da atenuante da confissão.

Este egrégio Tribunal tem mantido o entendimento pela impossibilidade do reconhecimento da atenuante da confissão quando há a confissão qualificada, ou seja, quando o réu confessa a conduta mas alega a presença de alguma excludente, almejando ser absolvido.

Estes são os precedentes desta Corte:

[...]

Nestes termos, o pedido não merece guarida, visto que a confissão não pode ser reconhecida pela alegação de excludente que permita eventual absolvição, pois, é necessário o reconhecimento puro da autoria do crime.

O Juiz a quo bem fundamentou a sua decisão (fls.114/123):

Não há circunstâncias agravantes e atenuantes, posto que não houve confissão espontânea quanto a participação no crime, já que o acusado aduziu ter sofrido coação moral irresistível para a prática do ilícito, o qual desautoriza o reconhecimento daquela minorante legal.

Assim, não há possibilidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea no caso presente.

[...]

Verifica-se, portanto, que as instâncias locais deixaram de reconhecer a confissão espontânea do paciente pelo fato de ter alegado que a prática do crime se deu mediante coação moral irresistível.

Entretanto, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICABILIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL SOPESADA NO JUÍZO DE CONDENAÇÃO.

[...]

4. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, mostra-se irrelevante ser a confissão parcial ou total, condicionada ou irrestrita, com ou sem retratação posterior, devendo incidir a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação. Na espécie, a sentença e o acórdão da apelação, muito embora tenham sopesado a confissão extrajudicial no juízo de condenação, não reconheceram a respectiva atenuante, ficando caracterizado o constrangimento ilegal nesse ponto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a reincidência, redimensionando a reprimenda imposta ao paciente. (HC 208.590/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 19/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM REINCIDÊNCIA.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.

2. É devida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

Na mesma esteira, segue o enunciado da Súmula 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".

Assim, tendo o paciente confessado a prática delitiva, ainda que parcialmente, e tendo sido tal circunstância utilizada para fundamentar a sua condenação, o acórdão impugnado merece reparo no ponto em que refutou a incidência da respectiva atenuante.

Assim, necessária a realização de nova dosimetria para o crime de furto.

Mantida a pena corporal fixada na primeira etapa (2 anos e 8 meses de reclusão) e ajustada de ofício a pena de multa para 13 dias, a reprimenda será reduzida em 1/6 na segunda fase, em razão da atenuante da confissão espontânea, alcançando o patamar de 2 anos, 2 meses, e 20 dias de reclusão e 10 dias-multa. Por fim, permanecendo a redução de 1/3 em razão da tentativa, a pena do crime de furto resta fixada em 1 ano, 5 meses, e 23 dias de reclusão, e 6 dias-multa.

Em razão do concurso material com o crime de corrupção ativa, cuja pena foi fixada em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, a pena definitiva é de **3 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, em regime aberto, e 16 dias-multa.**

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente para **3 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, e 16 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator