**HABEAS CORPUS Nº 519.875 - SP (2019/0194665-3)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DANIELLE CRISTINA UEMURA<br>DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | DANIEL DE JESUS ALVES (PRESO) |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de DANIEL DE JESUS ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000796-02.2018.8.26.0635).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 5 anos de reclusão, mais 12 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (roubo simples).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal negou-lhe provimento.

Neste *writ*, a impetrante sustenta que, a despeito de a confissão do paciente ter sido usada para sua condenação, não foi reconhecida como atenuante da pena por ter sido parcial.

Requer, assim, o reconhecimento da referida atenuante e a redução da pena.

Prestadas informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 46/47).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, a controvérsia refere-se à confissão espontânea.

Nesse ponto, asseverou o Tribunal *a quo*:



Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 4DF5F849-A63D-423A-9283-50C07CB53B6C

*[...]*

*Veja-se que a pena base fixou-se justificadamente acima do piso em 1/4, resultando em 5 anos de reclusão e 12 dias-multa, referindo o MM.*

*Juízo a quo à personalidade do réu, voltada à prática de delitos, "porquanto reconhecido por outras vítimas de roubo praticados no bairro da ora vítima, sendo certo que a foto dele já constava em um grupo de Facebook criado pelos moradores do bairro em virtude dos frequentes roubos havidos no local." Mencionou, ainda, as circunstâncias do crime, praticado em plena luz do dia, contra ofendida mulher, demonstrando a periculosidade e audácia do agente, valendo lembrar que o modus operandi por ele empregado não é comum a neófitos nessa prática, eis que ele ordenou que a vítima o abraçasse e colocou a arma sob seu cabelo.*

*Sem exacerbação ilegal ou desmotivada, sendo importante a valoração das circunstâncias do crime na dosimetria da pena justamente pela necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas.*

*E sendo evidentes o dolo e a gravidade do fato, não se pode olvidar que a fixação da pena-base não constitui uma operação matemática, mas em um exercício de discricionariedade vinculada, se impondo ponderar a relevância e a gravidade em concreto de cada uma das circunstâncias negativas. Exatamente como se procedeu, no caso, lembrando-se que a pena mínima, em tese, seria cabível quando todas as circunstâncias judiciais fossem inteiramente favoráveis (grifo nosso).*

***Ausentes agravantes, a aplicação da atenuante da confissão espontânea aqui era mesmo inadmissível, não se podendo considerar como 'confissão' a admissão parcial e relutante dos fatos expressa pelo acusado em juízo, eis que ele negou a grave ameaça empregada, afirmando que se limitou a pedir o celular da vítima.***

***Vale dizer, para o reconhecimento da atenuante do artigo 65, III, d, do Código Penal, a confissão haveria de ser completa e espontânea, movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento. E isto não se viu.***

***Ademais, como já se decidiu, a atenuante em comento não socorre o réu na hipótese em que ele for preso em flagrante e as circunstâncias de sua prisão evidenciarem a autoria do delito, pois a razão da referida benesse está em o acusado colaborar com a Justiça na elucidação da verdade real (HC nº 101.861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13.4.2011). Reiterado esse entendimento (Ap. Criminal nº 0001164-55.2014.8.26.0116, rel. Luís Soares de Mello, j. em 20.10.2015;***

***Ap. Criminal nº 0006553-40.2013.8.26.0606, rel. Francisco Bruno, j. em 24.9.2015; Ap. Criminal nº 0065345-21.2004.8.26.0050, rel. Oliveira Passos, j. em 13.8.2008).***

*Ausentes causas modificadoras, as penas restaram definitivas nesse patamar, adequadas no caso para o alcance de suas*



**Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020**
**Código de Controle do Documento: 4DF5F849-A63D-423A-9283-50C07CB53B6C**

*finalidades repressiva, preventiva e de ressocialização.*

*O regime inicial de cumprimento haveria mesmo de ser o fechado, mais gravoso, observadas as circunstâncias do fato e o modus operandi do agente, além do quantum das penas privativas de liberdade impostas, atentando-se aos princípios da necessidade e da suficiência (arts.*

*33 e 59 do CP).*

*A imposição de regime mais brando, aliás, nem se mostraria como resposta social adequada e efetiva à criminalidade violenta, como já se decidiu nesta e. Câmara Criminal (Apel. nº 0004733-33.2013.8.26.0655, rel. Ivan Ricardo Garisio Sartori, j. em 1.4.2014). (fls. 19/21).*

Observa-se que a confissão do paciente, 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, quando utilizada para fundamentar a condenação* (HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

Confira-se, a propósito, 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.*

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados, de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚM. 182/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NA DOSIMETRIA DA PENA.* ***CONFISSÃO DO RÉU QUE EMBASOU A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO. SUM. N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA.*** *PRESENÇA DE TRÊS MAJORANTES. CRITÉRIO QUANTITATIVO. SÚM. N. 443/STJ. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE.*

*1. Os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo ou do recurso especial ou a insistência no mérito da controvérsia. Súm n. 182/STJ.*



**Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020**
**Código de Controle do Documento: 4DF5F849-A63D-423A-9283-50C07CB53B6C**

***2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 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 retração em juízo (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015.***

***3. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea deve ser ela compensada com a agravante da reincidência, conforme decidido no julgamento do Recurso Especial n. 1341370/MT, admitido como representativo de controvérsia.***

*4. De acordo com a Súm. n. 443/STJ, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".*

*5. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus de ofício para, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência e alterar para 1/3 o aumento na terceira fase da dosimetria, reduzindo para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, em regime fechado, mais 13 (treze) dias-multa, a pena imposta ao agravante, incurso no art. 157, §2º, incs. I, II e V, c/c o art. 29, ambos do Código Penal* (AgRg no REsp 1360791/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/10/2016).

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES.* ***DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-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. Min. 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. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*



**Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020**
**Código de Controle do Documento: 4DF5F849-A63D-423A-9283-50C07CB53B6C**

*II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.*

***III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação. Súmula n. 545/STJ.***

*IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência." Habeas corpus não conhecido.*

*Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência* (HC 337.662/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1) ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS NA ORIGEM. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO NA VIA ELEITA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 2) DOSIMETRIA.* ***RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. COMPENSAÇÃO DOM A REINCIDÊNCIA. ERESP N. 1154752/RS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA****. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*

*[...]*

***- Nos termos da jurisprudência do STJ, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, de rigor a incidência da respectiva atenuante.***

*- Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a*



**Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020**
**Código de Controle do Documento: 4DF5F849-A63D-423A-9283-50C07CB53B6C**

> *agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar as penas impostas ao primeiro paciente quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes* (HC 324.992/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 02/02/2016).

Desse modo, necessário o redimensionamento da pena do paciente.

Na primeira fase, mantenho a pena-base estabelecida no acórdão recorrido, em 5 anos de reclusão e 12 dias multa. Na segunda fase da dosimetria, reconheço a atenuante da confissão, reduzindo a pena em 1/6, restando a pena intermediária de 4 anos e 2 meses de reclusão, mais 10 dias-multa. Pena esta que torno definitiva, ante a ausência de causas de diminuição e de aumento de pena. Mantenho as demais disposições estabelecidas pelo Tribunal *a quo*.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem para aplicar a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena nos termos acima.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



**Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020**
**Código de Controle do Documento: 4DF5F849-A63D-423A-9283-50C07CB53B6C**