

HABEAS CORPUS Nº 318.184 - RJ (2015/0048566-4)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCELO SIQUEIRA FERREIRA

PACIENTE : WALBER BONIFACIO COSTA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

MARCELO SIQUEIRA FERREIRA e WALBER BONIFACIO COSTA foram condenados às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, a serem inicialmente cumpridas em regime fechado, e de 30 (trinta) dias-multa, por infração ao art. 16, *caput* e parágrafo único, inc. IV, da Lei n. 10.826/2003 (fls. 27/32).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação do réu (fls. 43/48).

Inconformada, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** o fundamento utilizado "*pela Corte de origem não está apto a ensejar a exasperação da pena, já que não se prestam a motivar o aumento da pena base circunstâncias elementares do tipo (arma de uso restrito/numeração raspada)*"; **b)** "*na segunda etapa de fixação da pena, não foi reconhecida a atenuante da confissão para o paciente WALBER, pelo juiz monocrático, em que pese tê-la utilizado na fundamentação da sentença para condená-lo*" (fls. 01/06).

Indeferida a liminar postulada (fls. 58/61) e prestadas as informações (fls. 69/88), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão do *habeas corpus*, "*apenas para que em relação ao paciente Walber Bonifácio Costa seja reconhecida a atenuante de confissão*" (fls. 93/96).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 318.184 - RJ (2015/0048566-4)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCELO SIQUEIRA FERREIRA

PACIENTE : WALBER BONIFACIO COSTA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que, no *habeas corpus*, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese – como sucede no caso em exame –, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de “*ilegalidade ou abuso de poder*” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Assevera a impetrante que:

a) o fundamento utilizado “*pela Corte de origem não está apto a ensejar a exasperação da pena, já que não se prestam a motivar o aumento da pena base circunstâncias elementares do tipo (arma de uso restrito/numeração raspada)*”;

b) “*na segunda etapa de fixação da pena, não foi reconhecida a atenuante da confissão para o paciente WALBER, pelo juiz monocrático, em que pese tê-la*

Superior Tribunal de Justiça

utilizado na fundamentação da sentença para condená-lo".

Tenho que lhe assiste razão.

02.01. No dizer de Alberto da Silva Franco, "**circunstâncias** são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la. [...] Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso etc." (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – parte geral, Revista dos Tribunais, 1997, fl. 900).

Está inscrito na sentença – posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça (fls. 43/48):

"Walber, por sua vez, alegou que estava no Viradouro quando Fernando passou de carro e lhe deu uma carona, e que realmente estava em posse de uma pistola calibre 9mm para entregar ao seu primo Thiago que lhe fora dada por Vinícius, mas nada soube informar sobre a pistola calibre 45.

[...]

O próprio Walber admitiu que estava em posse de uma pistola calibre 9mm naquele dia, porém, alegou que estava apenas levando a mesma para entregar a seu primo.

[...]

Deixo de reconhecer a atenuante da confissão em favor do réu Walber por ter dado versão qualificada para sua conduta com o fim de minimizar sua responsabilidade.

[...]

DO ACUSADO MARCELO

O acusado e seu comparsa portavam armas semi-automáticas de uso restrito e com a numeração raspada nas imediações de comunidade dominada por facção criminosa, tudo isso a demandar pena mais rigorosa, e, por estas razões, fixo a pena base acima do mínimo legal em QUATRO ANOS DE RECLUSÃO e TRINTA DIAS-MULTA, com base no coeficiente mínimo legal, que torno definitivas.

O regime inicial de pena será o FECHADO diante das razões já explicitadas na fixação da pena base, em se tratando de crime praticado com armas de grande potencial ofensivo em colaboração ao tráfico de drogas.

DO ACUSADO WALBER

O acusado e seu comparsa portavam armas semi-automáticas de uso restrito e com a numeração raspada nas imediações de comunidade dominada por facção criminosa, tudo isso a demandar pena mais rigorosa, e, por estas razões, fixo a pena base acima do mínimo legal em QUATRO ANOS DE RECLUSÃO e TRINTA DIAS-MULTA, com base no coeficiente

mínimo legal, que torno definitivas.

O regime inicial de pena será o FECHADO diante das razões já explicitadas na fixação da pena base, em se tratando de crime praticado com armas de grande potencial ofensivo em colaboração ao tráfico de drogas" (fls. 30/31 – o destaque não consta do original).

Vê-se que ao justificar o aumento da pena-base no fato de que os réus "*portavam armas semi-automáticas de uso restrito e com a numeração raspada nas imediações de comunidade dominada por facção criminosa*", o magistrado sentenciante utilizou elementos próprios do tipo penal do *caput* e do inc. IV do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (porte de arma de fogo de uso restrito e com numeração raspada).

02.02. De acordo com precedentes desta Corte, "*para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação*" (HC 270.093/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014; AgRg no REsp 1.392.005/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/06/2014; AgRg no REsp 1.442.277/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/09/2014; AgRg no REsp 1.338.485/SE, Rel. Ministra Marilza Maynard [Desembargadora convocada do TJ/SE], Sexta Turma, julgado em 07/08/2014).

Destarte, a confissão espontânea, ainda que parcial, desde que utilizada "*para fundamentar a condenação*", como ocorreu *in casu*, constitui causa atenuante da pena.

Porque flagrante a ilegalidade, impõe-se a concessão da ordem, de ofício, e, conseqüentemente, o redimensionamento das sanções impostas, nos termos que seguem.

Não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis aos pacientes, fixo a pena-base no mínimo legal – 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Torno-as definitivas ante a impossibilidade – em face do disposto na Súmula 231/STJ ("*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*") – de aplicação da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, inc. III, "d") e da ausência de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Superior Tribunal de Justiça

Estabeleço o regime aberto para cumprimento inicial das penas, pois os réus são primários, as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis e a sanção é inferior a 4 (quatro) anos (CP, art. 33, § 2º, "c").

03. À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. De ofício, concedo a ordem, para redimensionar as penas aplicadas aos pacientes e para estabelecer o regime aberto para seu cumprimento inicial.

É o voto.

