HABEAS CORPUS Nº 489.101 - SP (2019/0009094-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CLAUDIO ROBERTO SANTOS ARAUJO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CLAUDIO ROBERTO SANTOS ARAUJO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 0030152-22.2016.8.26.0050.

O paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, fixados no mínimo legal, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (e-STJ fls. 14/18). O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa (e-STJ fls. 29/44).

No presente *writ*, a impetrante sustenta, no tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente, que "deve ser estabelecida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, em igualdade"(e-STJ fl. 6). Alega também que "somente o número de causas de aumento não é o bastante para justificar a majoração de 3/8 da pena"(e-STJ fl. 7) (Súmula n. 443/STJ). Requer, em liminar e no mérito, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e a concessão da ordem para que o aumento referente às majorantes do roubo seja de 1/3.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 58/59).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 97/104).

É, em síntese, o relatório.

Consoante se observa do relatório, busca a defesa, de saída, seja compensada a atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

A propósito, esclareceu o Tribunal de Justiça não ser possível a referida

compensação, pois, "nos termos do art. 67, do Código Penal, entendo que a recidiva deve preponderar sobre a confissão espontânea, ainda mais no caso em apreço, em que a reincidência registrada pelo acusado refere-se à prática de crime de roubo majorado" (e-STJ fl. 42).

Pois bem.

Não é de hoje que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça preconiza a possibilidade de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Avançando no tema, recentemente, em 11/10/2017, a Terceira Seção desta Casa, no julgamento do HC n. 365.963/SP, firmou a compreensão de que o fato de se tratar de reincidência específica não impede a aludida compensação. É que, na oportunidade, concluiu-se (a) inexistir previsão legal a exigir maior apenamento àquele cuja condenação anterior tenha se dado em razão da prática do mesmo delito, e que (b) na ocasião em que se sedimentou a possibilidade de compensação nesta Corte (Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT) nenhuma ressalva foi realizada no tocante à especificidade da reincidência.

A propósito, confira-se a ementa do aludido julgado:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E QUANTUM DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja*

necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Incidência da 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."

V - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

VI - A fração de aumento decorrente da continuidade delitiva foi fixada em 1/5 (um quinto) com base em elementos concretos e de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da reprimenda.

VII - Ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal, sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2°, 'b', do Código Penal.

VIII - A eventual possibilidade de aplicação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, sendo inviável sua análise neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 365.963/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 23/11/2017, grifei.)

Vejam-se, ainda, os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO QUANTUM DE AUMENTO DOSADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. O concurso entre circunstâncias agravante e atenuante de idêntico valor redunda em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, deve-se compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena.

4. Recentemente, em 11/10/2017, a Terceira Seção, no julgamento do Habeas Corpus 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstacutaliza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. *Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. No caso, como há duas condenações transitadas em julgado por roubo de ambos os pacientes, as quais não foram valoradas na pena-base, há de se valorar a multirreincidência na segunda fase da dosimetria, motivo pelo qual deve prevalecer sobre a confissão espontânea.*

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para fixar a pena definitiva dos crimes de roubo, em concurso formal próprio, para ambos os pacientes, em 7 anos de reclusão. (HC 401.352/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017, grifei.)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE.*
>
> [...]
>
> ***II - Na hipótese, não obstante seja o agente reincidente específico, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema. Precedentes.***
>
> *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1674019/RO, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017, grifei)

Na espécie, portanto, é evidente o constrangimento ilegal.

Avanço para rememorar que, na esteira da orientação sedimentada no enunciado 443 da Súmula desta Corte Superior, "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".

No caso, as instâncias ordinárias fixaram a fração de 3/8 (três oitavos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base apenas no número de majorantes (e-STJ fl. 42), o que não encontra guarida na jurisprudência desta Corte, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, como emprego de várias armas de fogo, armas de grosso calibre, elevado número de agentes, entre outros.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 443 DO STJ. CRIME ÚNICO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

2. 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. Súmula n. 443 do STJ.

3. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

4. Praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria. (HC 227.160/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudescimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo.

> ***Do mesmo modo, ainda que tenham citado a participação de três agentes na empreitada criminosa, quantidade que considero apta a fundamentar a exasperação em patamar acima de 1/3, tal fator foi utilizado apenas para justificar a presença da majorante do concurso de pessoas, que somada à do uso de arma foi matematicamente utilizada para fundamentar a exasperação da pena em 3/8 na etapa final da dosimetria.***
>
> *3. É firme nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".*
>
> *Seguindo tal entendimento, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo.*
>
> *Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente, em relação ao crime de roubo, que somada à pena imposta pelos dois crimes de receptação, se torna definitiva no patamar de 7 anos e 4 meses de reclusão, e 30 dias-multa, a ser iniciada no regime semiaberto.* (HC 353.281/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016, grifei.)

Nesse contexto, há constrangimento ilegal decorrente da aplicação, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, de fração superior à mínima legal, sem a indicação de circunstâncias – ligadas às referidas majorantes – capazes de demonstrar maior desaprovação da conduta.

Assim, no caso em desfile, deve incidir a fração de 1/3 (um terço).

Passo à readequação da dosimetria da pena do referido delito, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, mantenho a pena-base 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, a pena permanece naquele patamar.

Na terceira etapa, estando ausentes as causas de diminuição da pena, aplico a fração mínima de 1/3 (um terço), diante da presença das duas majorantes, tornando definitiva a sanção do paciente em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa.

Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira etapa da dosimetria – art. 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, concedo a ordem para **compensar, na segunda etapa do cálculo da reprimenda, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, bem assim a fim de aplicar a fração mínima de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, e assim reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente a 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, nos termos acima referidos, mantidos os demais termos do acórdão local.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator