HABEAS CORPUS Nº 510.522 - SP (2019/0138824-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	LEONARDO ARANTES VICENTINI - SP194851 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCOS JOSE DE ARAUJO (PRESO)

DECISÃO

MARCOS JOSE DE ARAUJO alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0002542-60.2017.8.26.0530.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, a **7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime fechado**, pela prática do delito descrito no art. 157, *caput*, do Código Penal.

Neste habeas corpus, a defesa aponta as seguintes ilegalidades: a) **indevido aumento da pena-base** pelos maus antecedentes e pelo emprego de arma; b) incidência da **agravante** do art. 61, II, "h", do CP, tendo em vista que o réu **não sabia a idade da vítima**; c) não **reconhecimento integral da confissão e consequente compensação com a reincidência**; d) fixação do **regime mais gravoso**.

Requer a concessão da ordem, a fim de que **seja reduzida a pena do réu e fixado modo mais brando para o início do cumprimento da reprimenda.**

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 106).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 112-118).

Decido.

I. Pena-base

Primeiramente, cumpre lembrar que, quanto à incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, não foi comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento dos **EREsp n. 961.863/RS**, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJe 6.4.2011, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, **mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo,** tema sobre o qual tenho refletido, mas que, por ora, reclama o precedente qualificado da Seção.

Acerca da consideração de causa de aumento na primeira fase da dosimetria, certo é que há, de um lado, quem defenda que as majorantes devem ser sopesadas, unicamente, na terceira fase da dosimetria. Nesse sentido, menciono o seguinte julgado deste Superior Tribunal, *mutatis mutandis*: "O concurso de agentes, por se tratar de causa especial de aumento do crime de roubo, deve ser sopesado apenas e tão somente na terceira fase da dosimetria, e não para a elevação da reprimenda-base, sob pena de ofensa ao sistema trifásico de aplicação da pena." (**HC n. 205.072/DF**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnio**r, 6ª T., DJe 26/9/2012).

Contudo, há uma segunda posição, **à qual me filio**, que entende ser plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.

Deveras, esse também é o entendimento de diversos julgados deste Superior Tribunal, dentre os quais cito como exemplo:

> [...]
> 1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a

> reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.
> 2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.
> 3. No caso vertente, a valoração das causas especiais de aumento atinente ao emprego de arma e à restrição da liberdade vítima ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 6 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.
> [...]
> 5. Agravo regimental não provido.
> (**AgRg no REsp n. 1.551.168/AL**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/3/2016)
>
> [...]
> - Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "não há falar em inobservância ao sistema trifásico, ante a utilização das majorantes (causas de aumento de pena) - que não foram utilizadas para aumentar a pena, na terceira fase da aplicação da pena -, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, portanto." (HC 101.744/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 29.5.2015).
> Agravo regimental desprovido.
> (**AgRg no AREsp n. 771.527/ES**, Rel. Ministro **Ericson Maranho** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 4/2/2016)

A interpretação sistemática do art. 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena, que é a realização de justiça para o caso concreto, comportam tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada, desde que o resultado não seja manifestamente contrário ao itinerário fixado, implique prejuízo para o réu ou violação do postulado do *ne bis in idem*.

A partir dessas premissas, verifico que, na espécie, o Juízo monocrático considerou a majorante relativa ao emprego de arma para exasperar a pena-base, diante do maior relevo nas circunstâncias do crime.

Em relação aos **antecedentes**, idônea é a majoração da pena-base por essa vetorial, uma vez que, pela leitura da folha de antecedentes (fls. 15-19), **o réu ostenta duas condenações com trânsito em julgado, uma usada para reincidência**.

II. Violação do art. 61, II, "h", do Código Penal

O Tribunal de origem manteve a incidência da referida agravante.

Em relação à referida circunstância agravante, a norma, claramente, visou a proteger aquele que é **naturalmente imbuído de maior vulnerabilidade** e, consequentemente, punir com mais rigor o agente do delito.

Para melhor elucidar a motivação do legislador ao introduzir essas agravantes, que externam maior reprovação na conduta do agente, trago à colação os seguintes excertos doutrinários.

Nos dizeres de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in Individualização da Pena*, 5 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 217, "em qualquer dessas situações, sendo vítima a criança, o maior de 60 anos, o enformo ou a mulher grávida, **denota-se maior covardia e insensibilidade moral do agente, poque as pessoas visadas defendem-se com maior dificuldade, tornando facilitada a atividade delituosa.**" - Destaquei.

Esclarecedor também é o registro de FERNANDO GALVÃO, *in Direito Penal - Parte Geral*, 5 ed., São Paulo: RT, 2013, p. 764, que assim descreve:

> Sem dúvida, **o condenado que pratica um crime doloso contra qualquer das pessoas referidas no dispositivo legal aproveita-se de sua maior fragilidade, e o ordenamento jurídico, mediante a ameaça de pena mais severa, espera desestimular tais delitos**. Da mesma forma, **quando se tratar de vítima mais frágil em razão**

> **da idade**, enfermidade ou gravidez, **deve-se exigir daquele que com ela se relaciona maior cuidado para não provocar-lhe lesões**, o que justifica o agravamento da pena nos crimes culposos. (grifei)

Não é diverso o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, quando se trata da aplicação da agravante em comento.

Ilustrativamente:

> [...]
> No caso de se praticar um crime contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida, a norma, claramente, visou a proteger aquele que é naturalmente mais vulnerável, punindo, com maior rigor, o agente do delito.
> Apesar de já destacada a essência motivadora dessa agravante, cumpre lembrar que **o critério de aplicação, em caso de pessoa idosa, é objetivo, e nesta hipótese, cronológico**. *In casu*, a vítima direta é a avó do paciente, que contava 68 anos à época do crime.
> Habeas Corpus não conhecido.
> (**HC n. 211.052/RO**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, Rel. p/ acórdão Ministro **Rogerio Schietti Cruz**, 6ª T., DJe 15/9/2014, destaquei.)

> [...]
> 2. **A incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal está relacionada a uma maior vulnerabilidade do sujeito passivo, ou seja, há uma punição diferenciada a quem fere interesse ou bem jurídico** de mulher grávida, menor de idade ou **de pessoa idosa.** Antes do Estatuto do Idoso, a lei penal trazia a terminologia "velho" (critério biológico) e, após, passou a usar "idoso" **(critério cronológico)**, no entanto, **o bem jurídico tutelado sempre foi o mesmo, modificando-se tão somente o vocábulo para estabelecer elemento de caráter objetivo (60 anos)**.
> [...]
> (**HC n. 145.928/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 17/5/2011, grifei.)

A título de arremate, apesar de já destacada a essência

motivadora dessa agravante, cumpre lembrar que **o critério de aplicação, em caso de pessoa idosa, é objetivo, e nesta hipótese, cronológico**.

No caso concreto, consoante bem asseverou o Tribunal de origem "**a referida circunstância tem natureza objetiva, a qual independe da prévia ciência do agente**" (. 73, grifei).

III. Confissão – reconhecimento e compensação com reincidência

O Tribunal refutou a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência sob os seguintes fundamentos:

> **Já com relação à atenuante da confissão espontânea, não se há reconhecer a referida circunstância, porquanto, como bem registrado na r. sentença, a admissão do increpado restou parcial, vez que refutou o emprego de arma de fogo.**
> Tal declaração nada aduziu no esclarecimento da verdade e não teve implicações durante a instrução processual, pois os demais dados probatórios coligidos nos autos restaram suficientes, de per se, para comprovação das práticas delituosas (fl. 74, destaquei).

Pelo que se lê nos trechos em destaque, as instâncias antecedentes utilizaram a confissão do réu para corroborar a materialidade e a autoria delitiva, mas não reconheceram a sua incidência como circunstância atenuante da pena. Ademais, não efetuaram a compensação dessa atenuante com a reincidência, por se tratar de recidiva específica.

No julgamento dos **EREsp n. 1.154.752/RS**, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, **observadas as peculiaridades do caso concreto**, "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 artigo 67 do Código Penal".

Também é certo que o STJ havia consolidado o posicionamento 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 n. 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 **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 11/9/2015, grifei)
>
> [...]
> 2. **Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes.**
> 3. Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 332.211/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 19/2/2016, 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 a confissão foi utilizada como elemento de prova e, portanto, não há óbice ao seu reconhecimento e à **compensação integral com a agravante da reincidência, ainda que específica.**

IV. Readequação da pena

Identificada a ilegalidade na dosimetria, passo à readequação da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base é estabelecida em 5 anos e 4 meses de reclusão (1/3 acima do mínimo, conforme sentença à fl. 30). Na segunda fase, reconhecida a confissão e integralmente compensada com a atenuante, a reprimenda permanece nesse patamar. Incide a agravante da idade da vítima, o que eleva a sanção em 1/6, ficando a pena em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão. Na terceira fase, não existem causas de aumento nem de diminuição, de modo que a pena fica, definitivamente, estabelecida em **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 16 dias-multa**.

V. Regime

Passando à análise do **regime fechado**, tampouco há que se falar em constrangimento ilegal, pois a Corte estadual confirmou a imposição do modo mais gravoso, **tendo em vista a reincidência e as circunstâncias desfavoráveis** (fl. 79)

Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, em violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF, como alegado pela defesa.

Dessa forma, não visualizo ilegalidade do acórdão que determinou ao paciente cumprir a pena em regime inicial fechado, ante a

presença de motivação concreta.

Ilustrativamente:

> [...]
> 3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.
> 4. O Juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, a **reiteração delitiva** e a **reincidência**.
> 5. Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 276.700/SP**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 7/5/2015, destaquei)

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem, tão somente reduzir a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 16 dias-multa**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**