

HABEAS CORPUS Nº 509.344 - SC (2019/0130616-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
TAUSER XIMENES FARIAS - BA040882
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : CRISTIANO PERTUSSATTI (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CRISTIANO PERTUSSATTI, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Revisão Criminal n. 4004319-36.2019.8.24.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 155, § 4º, I e IV, c.c o art. 14, II, ambos do Código Penal (furto qualificado tentado), à pena de 3 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado.

Não houve interposição de apelação. Após o trânsito em julgado, a defesa ajuizou revisão criminal, a qual foi indeferida pelo Tribunal de origem.

No presente writ, a impetrante sustenta, em síntese, que a pena foi aumentada de forma desproporcional, na primeira fase da dosimetria; e que deve ocorrer a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, por serem ambas preponderantes.

Requer, assim, a redução da reprimenda.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. REAPRECIÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA DOSIMETRIA. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO- PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DE CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

– A jurisprudência do STJ e do STF assentou o

entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

– *A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus.*

– *A Terceira Seção desse Superior Tribunal de Justiça, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT (Tema 585), 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, uma vez que são igualmente preponderantes.*

– *Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus, e pela concessão da ordem, de ofício, a fim de determinar a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.* (fl. 158)

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, a primeira controvérsia refere-se à pena-base, a qual foi aplicada nos seguintes termos:

Sentença:

[...]

A) CRISTIANO PERTUSSATTI: *1) Da análise do art. 59 do Código Penal: a) Culpabilidade: restou demonstrada, pois o acusado, maior e mentalmente são, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha quanto ao seu proceder; b) Antecedentes: registra reincidência, o que será considerado na segunda fase de aplicação da pena; c) Conduta social: sem elementos para se aferir; d) Personalidade do agente: não há elementos no processo para aferi-la; e) Motivos do Crime: próprios do delito - objetivo de lucro fácil; j) Circunstâncias do Crime: fora extremamente graves as circunstâncias do presente crime de furto: os acusados se dirigiram de Joinville para Palhoça, notadamente por ser cidade do interior onde esse tipo de prática é mais difícil de ser coibida, com vários apetrechos já disponíveis para a ação criminosa (marreta, alicates, maçarico, cilindro de gás, spray de espuma de expansão, etc.); além*

disso, foram vários os rompimentos de obstáculos que realizaram para poder ter acesso ao objetivo de lucro fácil, com extração da grade da janela, furo na parede para ter acesso ao cofre, retirada de todo o sistema de fiação da agência bancária etc. Além disso, duas são as qualificadoras do presente crime rompimento de obstáculo e concurso de agentes, de forma que uma serve para a fixação da pena-base e a outra caracteriza mais uma circunstância negativa do crime. Tais circunstâncias negativas aumentaram em muito a potencialidade lesiva da ação criminosa e justificam o aumento da pena-base em 2 anos; g) Consequências do crime: foram graves. Além de todo o dano causado na agência bancária com os arrombamentos, cortaram todo o sistema de comunicação da agência do Santander de Palhoça, deixando os clientes 2 dias sem poder contar com a agência bancária que ficou fechada. Além disso, por mais de 1 mês a agência teve que contar com sistema de vigilância 24h até poder restabelecer todo o seu aparato de segurança, que são muito em se tratando de um banco. Tais circunstâncias negativas justificam o aumento da pena-base em mais 1 ano; h) Comportamento da Vítima: em nada contribuiu para a prática ilícita. Assim sendo, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 50 dias-multa, esta fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. 2) Das agravantes e atenuantes: Há a circunstância agravante da reincidência, que aumenta a pena-base em mais 6 meses; existe a atenuante da confissão, que, conforme já fundamentado oralmente, não se compensa com a agravante, e justifica a diminuição da pena em 4 meses. 3) Das causas de aumento e diminuição da pena: Não existe causa de aumento da pena. Existe a causa de diminuição pela forma tentada em que o crime fora praticado. Conforme já fundamentado oralmente, pela tentativa, a pena deve ser diminuída em 1/3. Portanto, resta a pena fixada em 3 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 33 dias-multa, esta fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. O regime para o cumprimento da pena é o inicialmente fechado diante da reincidência específica do acusado e circunstâncias e consequências negativas do crime. (fls. 30/31)

Acórdão:

[...]

É consabido que inexistente parâmetro legal a respeito de quanto o Magistrado pode acrescentar ou reduzir à reprimenda em função de cada circunstância. A fração é adotada de forma proporcional pelos julgadores. O critério, muito embora deva ser simétrico, é discricionário e visa, acima de tudo, a individualização da pena consagrada constitucionalmente no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, e a proporcionalidade da reprimenda, nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, apesar de observado por este Tribunal e Superiores, a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) não é regra, admitindo-se, em determinados casos, quando as particularidades

recomendarem, a utilização de fração diferente, acompanhada, é claro, de fundamentação idônea e concreta, em função do princípio da individualização da pena (vide Revisão Criminal 1001714-76.2016.8.24.0000, Seção Criminal, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j.

22-2-2017, v. u.). Afinal, "a análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito" (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 6-5-2015).

Analizando a sentença e seus fundamentos quanto à primeira fase da dosimetria, a pena não deve ser revista.

É que o aumento da pena-base, tal como operado, objetivou refletir, dentro das balizas da pena abstrata e em atenção às circunstâncias judiciais que circundaram os fatos, a gravidade transbordada pela prática dos delitos.

Como se vê da sentença, as circunstâncias e consequências do crime são especialmente reprováveis, pois o requerente e seu comparsa planejaram minuciosamente o furto à agência bancária, onde pretendiam alcançar os valores custodiados no cofre. A sofisticação da prática delitiva foi tal que os agente utilizaram espumas nas portas para isolamento acústico e retiraram toda a fiação relacionada ao sistema de monitoramento. Além disso, a fim de dar execução à empreitada criminosa, os agentes fizeram o uso de diversos artefatos que extrapolam a complexidade da prática dos furtos praticados mediante rompimento de obstáculo, alguns, inclusive, dotados de extrema potencialidade lesiva, como maçaricos e botijões de gás.

O dano não foi apenas material - cuja extensão, aliás, resultou no fechamento da agência por dois dias -, mas também moral, na medida que a prática abala, como um todo, o sentimento de segurança da própria comunidade, que, via de regra, tem nos bancos um símbolo de confiança e segurança, a ponto de pôr o dinheiro sob sua guarda e responsabilidade.

Com efeito, o princípio da individualização da pena implica, no caso, no necessário recrudescimento das circunstâncias judiciais, já que, sem sombra de dúvidas, o requerente e seu comparsa dispuseram-se a praticar um furto de alta complexidade e gravidade para a sociedade, circunstâncias essas que devem refletir na pena.

A propósito, vale transcrever a fundamentação posta pela magistrada a quo no corpo da fundamentação:

O crime é bastante grave, um dos mais graves crimes de furto que se tem notícia que possam ser praticados. São praticados por "caixeiros de Joinville".

Os dois já tem antecedentes registrados quanto a isso. Cristiano é reincidente específico em crimes semelhantes, já praticou esse tipo de crime em Joaçaba, então vê-se que Cristiano percorre outras cidades diferentes da sua para praticar esse tipo de crime [...] Houve

grande preparativa dos acusados para praticar esse crime que vem assolando a sociedade, causa graves prejuízos ao banco, e não só à instituição bancária, mas também aos seus correntistas, que, inclusive, no caso em tela, ficaram dois dias sem poder contar com a agência bancária, fato este nunca então ocorrido anteriormente, como falou o gerente Rafael. Então, obviamente, todas essas circunstâncias negativas serão utilizadas para o aumento da pena, que, aqui, nem de longe, deve ser uma pena mínima, deve ser uma pena bastante agravada, diante de todas essas circunstâncias negativas. (mídias em fl. 241) Com efeito, o princípio da individualização da pena implica, no caso, no necessário recrudescimento da pena-base em virtude das peculiares circunstâncias judiciais negativas, já que, dentro de uma gradação de gravidade que se poderia haver na prática do crime de furto, sem sombra de dúvidas, o requerente e seu comparsa alcançaram uma das variações mais graves desse delito, o que justifica não só a exasperação da pena-base acima de 1/6 para cada circunstância considerada negativa, mas também sua aproximação aos limites máximos previstos na pena abstrata.

Por fim, para fins argumentativos, nota-se que a Lei 13.654/2018 acrescentou ao art. 155 do Código Penal o § 7º, que prevê nova figura qualificada para o crime de furto, nos seguintes termos: "A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego". Portanto, acaso o delito fosse praticado já sob a égide da novel legislação, a gravidade ínsita da empreitada já estaria refletida na pena mínima abstratamente cominada, autorizando, inclusive, na dosagem da pena, a fração usual de 1/6, hipótese em que a reprimenda, na primeira fase, ao ser exasperada em razão de duas circunstâncias judiciais – circunstâncias e consequências –, invariavelmente alcançaria pena superior a 5 (cinco) anos de reclusão.

Nesse quadro, diante da especificidade do caso concreto e a robusta fundamentação posta pela magistrada sentenciante, não há retoques a serem feitos na dosimetria.

Ante o exposto, o voto é pelo parcial conhecimento e indeferimento da revisão criminal. (fls. 65/68)

Esta Corte possui o entendimento de que a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 09/06/2016).

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. TESE DE NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS E DO INTERROGATÓRIO TEREM SIDO REALIZADOS POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TERCEIRA FASE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. DUAS MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Inexiste um critério puramente aritmético na primeira fase da dosimetria, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância judicial desfavorável à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio.

Ademais, o aumento de 1 ano não se mostra desarrazoado ou excessivo, sobretudo considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito imputado - art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal -, que prevê pena reclusiva de 4 a 10 anos.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas de Robson Pincer Anastacio a 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa, de Renato Antonio da Silva a 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão e 12 dias-multa e de Francisco Earlys Alves de Paiva a 4 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, além de 8 dias-multa.

(HC 186.567/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016)

Ademais, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).

À propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O DESFAVORECIMENTO. LAUDOS MÉDICOS. MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SOBREPOSIÇÃO À DESCRIÇÃO DAS QUALIFICADORAS

DO ART. 121, § 2.º, INCISOS I E IV, DO CP. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA PARA EXASPERAR A PENA-BASE, QUANDO SOBEJAR OUTRA PARA QUALIFICAR O DELITO. DESLOCAMENTO SIMULTÂNEO DAS QUALIFICADORAS PARA A PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. BIS IN IDEM CONFIGURADO. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. SEGUNDA FASE. CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. ART. 67, DO CP. QUANTUM DE REDUÇÃO READEQUADO PARA A FRAÇÃO DE 1/12. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).

[...]

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente ao novo patamar de 49 anos, 8 meses e 12 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 473.777/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

Na hipótese, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para justificar o aumento da pena-base, ressaltando toda gravidade concreta da prática do crime, sobretudo o fato de o ora paciente, juntamente com correu, ter se dirigido para cidade do interior, dispondo de diversos apetrechos que facilitaram a ação delituosa, ter rompido diversos obstáculos para atingir a finalidade, existir a presença de duas qualificadoras, sendo que uma delas foi migrada para a primeira fase, além das consequências nefastas da ação criminosa, que, ultrapassando claramente o resultado inerente ao tipo penal, gerou a necessidade de que a agência bancária ficasse inoperante por 2 dias, em prejuízo aos clientes, e com sistema extraordinário de vigilância por mais de 1 mês; não se fazendo presente, portanto, flagrante ilegalidade a ser sanada.

No tocante à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, asseverou a Corte estadual:

[...]

A matéria foi analisada pelo Juízo da origem, que entendeu expressamente que a reincidência específica prepondera sobre a confissão espontânea, acompanhando, assim, o entendimento jurisprudencial majoritário desta Corte à época da prolação da sentença (2-9-2017), conforme se vê dos precedentes de ambos os Grupos de Direito Criminal proferidos à época:

Revisão Criminal n. 4008240-71.2017.8.24.0000, de São José, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 29-11-2017 e Revisão Criminal n. 4001131-06.2017.8.24.0000, de Itapema, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 29-11-2017.

Nesse cenário, não se verifica flagrante confronto entre a decisão e a posição jurisprudencial dominante a justificar o manejo da Revisão Criminal.

Ademais, ainda que o entendimento divergente tenha ganhado defensores nos últimos anos, é sabido que "a mudança de entendimento jurisprudencial, após o trânsito em julgado da condenação, não autoriza o ajuizamento da revisão criminal." (AgRg no HC 458.963/SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 6-11-2018). (fl. 63)

O acórdão impugnado está em dissonância com o entendimento desta Corte de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada de forma integral com a agravante da reincidência, mesmo que específica.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 304 C/C ART. 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. DUPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/3. REDUÇÃO PARA A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA QUE DEVE SER REDUZIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

- A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência.

- Avançando na análise do tema, a mesma Terceira Seção, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, assentou não haver previsão legal para que se oferte mais desvalor à conduta daquele que ostenta outra condenação pelo mesmo delito, de forma que a reincidência específica deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão.

- Tendo em vista múltipla reincidência específica do paciente, a compensação integral entre a confissão e a reincidência violaria os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

- No caso, porém, está configurado o constrangimento ilegal, pois as instâncias ordinárias exasperaram a pena, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/3, apenas pela reincidência específica, o que destoia do novel entendimento firmado nesta Corte, devendo ser reduzida a exasperação para a usual fração de 1/6.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir a pena corporal do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, e 17 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 411.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017)

Assim, realizada a compensação integral entre as circunstâncias atenuante e agravante, e mantidas, no mais, as disposições estabelecidas pelas instâncias ordinárias, resta a pena final de 3 anos e 4 meses de reclusão.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, tão somente para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena nos termos acima.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

