HABEAS CORPUS Nº 501.619 - SP (2019/0090184-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MAIKON DOUGLAS APARECIDO GUIMARAES (PRESO)
PACIENTE	:	RAFAEL DA SILVA ALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de MAIKON DOUGLAS APARECIDO GUIMARAES e RAFAEL DA SILVA ALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003036-69.2017.8.26.0191).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, a 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de roubo (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal). Em apelação da defesa, a pena foi reduzida para 7 anos, 2 meses e 18 dias de reclusão, e 16 dias-multa, mantido o regime fechado.

No presente *mandamus*, a impetrante requer, em liminar e no mérito, a compensação da confissão espontânea com a reincidência; a redução da fração de aumento na terceira fase (Súmula n. 443/STJ); e a fixação de regime prisional mais brando.

Indeferido o pedido de liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou *"pela concessão parcial da ordem, apenas que seja feita a compensação integral da agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea"* (fl. 119).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

A primeira controvérsia refere-se à compensação entre as circunstâncias legais reincidência e confissão.

Na hipótese, as instâncias ordinárias entenderam ser a reincidência (art. 61, I, do Código Penal) preponderante sobre a confissão espontânea (art. 65, III, *"d"*, do Código Penal), conforme se extrai dos seguintes trechos:

> **Sentença:**
> *[...]*
> *Passo a dosar a pena, igualmente para os dois réus, por serem as mesmas circunstâncias judiciais.*
> *Em análise às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, há observações a se fazer.*
> *Os acusados ameaçaram violentamente as vítimas, um deles sugerindo ao outro que atirasse em uma das vítimas. Isso demonstra culpabilidade acentuada. Ainda, uma das vítimas estava com uma criança no banco de trás do veículo, o que torna mais reprovável a conduta.*
> *Assim, a pena deve ser fixada acima do mínimo legal, para o crime de roubo, iniciando-se no patamar de 06 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, fixado o valor unitário em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva execução da sanção pecuniária, conforme as condições econômicas dos acusados.*
> ***Presente a circunstância agravante da reincidência, uma vez que ambos foram condenados anteriormente conforme fls. 172 e 173. É necessário observar que cometeram o crime anterior em concurso, o que demonstra que são parceiros do crime, merecendo maior aumento de pena e preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão.***
> *Assim, aumento a pena para fixa-la em 07 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixado o valor unitário em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva execução da sanção pecuniária, conforme as condições econômicas dos acusados.*
> *Outrossim, no que concerne às causas de aumento de pena é de se observar a incidência daquelas previstas no art. 157, §2º, I e II, do CP, sendo elas o emprego de arma de fogo e concurso de pessoas.*
> *Desta forma, a pena deve ser aumentada em 3/8 (três oitavos) e fixada em 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 15 (dias) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 41 (quarenta e um) dias-multa, fixado o valor unitário em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a data da efetiva execução da sanção pecuniária, conforme as condições econômicas dos acusados.*
> *A majoração das qualificadoras deve ser acima do*

mínimo em razão do afirmado pela vítima de que a arma de fogo foi apontada e em razão de o fato ter sido praticado por mais de duas pessoas com ameaça, o que agrava a conduta, de modo que o crime se diferenciou neste aspecto dos demais crimes da mesma espécie. (fls. 54/55)

Acórdão:

[...]

Entretanto, no tocante às reprimendas impostas, a r. sentença demanda reparo.

Inicialmente, verifica-se que, diante da gravidade concreta da hipótese vertente sobretudo porque, como bem salientou o MM. Juiz de Primeira Instância, os "acusados ameaçaram violentamente as vítimas, um deles sugerindo ao outro que atirasse em uma das vítimas" (fls. 286), além do fato de que "uma das vítimas estava com uma criança no banco de trás do veículo, o que torna mais reprovável a conduta" (fls.

286) , a pena-base deve ser fixada, para ambos os réus, em 1/6 (um sexto) acima do patamar mínimo cominado à espécie fração esta que se afigura mais proporcional à gravidade concreta da conduta em apreço.

Em seguida, presentes, em relação a ambos os agentes, a agravante genérica da reincidência (fls. 172 e 173) e a circunstância atenuante da confissão espontânea, impõe-se exasperar as sanções em 1/8 (um oitavo).

A esta altura, aliás, inviável pretender-se sejam compensadas as circunstâncias previstas nos artigos 61, inciso I, e 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

A propósito, saliento que, embora tenha sustentado, em período pretérito, a posição no sentido da inexistência de qualquer situação de preponderância entre as hipóteses previstas nos artigos 61, inciso I, e 65, inciso III, alínea d, ambos do Código Penal, de modo que, concorrendo tais circunstâncias no caso concreto, deveriam ser compensadas, em nova reflexão sobre o tema, convenci-me do acerto do atual entendimento do Pretório Excelso, segundo o qual, em princípio, a atenuante da confissão (de natureza objetiva) possui apenas o condão de suavizar o acréscimo aplicável pela agravante da reincidência (de índole subjetiva).

[...]

Na derradeira etapa do sistema trifásico, presentes as majorantes previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, há que se aplicar, para ambos os acusados, a fração exasperadora de 3/8 (três oitavos).

A propósito, saliento que, embora tenha sustentado, em período pretérito, a posição de que o simples reconhecimento, na sentença, da existência de mais de uma majorante no crime de roubo não constitui causa obrigatória de exasperação da reprimenda em fração superior ao mínimo legal, em nova reflexão sobre o tema, convenci- me

do acerto do entendimento jurisprudencial segundo o qual a presença, no caso concreto, de duas ou mais causas especiais de aumento de pena do artigo 157, § 2º, do Código Penal, de per si, está a evidenciar um alto grau de reprovabilidade da conduta, a par de denotar a elevada periculosidade do agente, tudo a recomendar maior rigor em seu tratamento pela Justiça Criminal.

[...]

Por isso, as reprimendas totalizam, para ambos os recorrentes, sete anos, dois meses e dezoito dias de reclusão e pagamento de dezesseis dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado.

Ao depois, diante do quantum de pena carcerária imposto aos agentes, inviável a sua substituição por restritivas de direitos (artigo 44, caput, inciso I, primeira parte, do Código Penal), ou a concessão do sursis (artigo 77, caput, do Estatuto Repressor).

Finalmente, quanto ao regime prisional imponível à espécie, insta conservar-se, em relação a ambos os réus, a adoção da modalidade inicial fechada, pois, inobstante o tempo de prisão provisória dos agentes, tem-se que a opção pelo módulo carcerário mais rigoroso atendeu, sobretudo em virtude da gravidade concreta dos fatos em apreço e da reincidência por eles ostentada, ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, não havendo, dessarte, falar-se na incidência, in casu, das Súmulas nºs 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Pretório Excelso, tampouco do regramento contido nos artigos 33, § 2º, e 59, ambos do Estatuto Repressor, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei nº 12.736/12).

Diante do exposto, dá-se parcial provimento aos apelos, apenas para reduzir as penas impostas a MAIKON DOUGLAS APARECIDO GUIMARÃES e RAFAEL DA SILVA ALVES para sete anos, dois meses e dezoito dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de dezesseis dias- multa, no valor unitário mínimo, atualizado, mantendo-se, no mais, a r. sentença. (fls. 91/99)

Acontece que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EResp n. 1.154.752/RS, em 23/5/2012, pacificou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, ao reconhecer serem ambas as causas igualmente preponderantes. Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. ***COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA****.*

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser

mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo 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.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

(EREsp 1154752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012).

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. ***DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA DELITIVA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.***

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS (DJe 04/09/12), 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".

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para efetuar a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente no quantum da pena-base fixada (dois anos e oito meses de reclusão e vinte dias-multa) (HC 210.109/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2014).

Desse modo, necessário o redimensionamento da pena do paciente.

A segunda controvérsia diz respeito à escolha da fração decorrente das majorantes do delito de roubo.

Nesse ponto, a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias mostra-se idônea, pois está baseada em elementos concretos indicadores da maior gravidade da conduta, justificando, assim, a utilização da fração de 3/8, não havendo

ofensa ao Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, o qual assim dispõe:

> *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.*

Por fim, incabível o pleito de abrandamento do regime, isso porque, além da reincidência, que por si só já justificaria a fixação do regime inicial fechado para ambos os pacientes, estão presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. (I) BENS AVALIADOS EM R$ 290,80 (DUZENTOS E NOVENTA REAIS E OITENTA CENTAVOS). RÉ REINCIDENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. (II) PENA-BASE TRÊS VEZES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. (III) REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. (IV) REGIME INICIAL. SÚMULA N. 269/STJ. INAPLICABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.*
>
> *[...]*
>
> *8. Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta à paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a reincidência da ré, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto no enunciado n. 269 da Súmula desta Casa. Precedentes.*
>
> *9. Ordem parcialmente concedida para reduzir o aumento aplicado na primeira fase da dosimetria, redimensionando a reprimenda definitiva da paciente para 2 (dois) anos de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão estadual (HC 401.329/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 31/08/2017).*

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE VONTADE DO DESPOJAMENTO DO BEM. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *Apresenta-se inaplicável à espécie o disposto na Súmula*

> *269/STJ, e isto porque, embora condenado a pena inferior a quatro anos, o agravante é reincidente e teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, em face da valoração negativa das circunstâncias judiciais.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no AREsp 986.850/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/08/2017).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, tão somente para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando as penas para 6 anos e 5 meses de reclusão, mais 15 dias-multa.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator