HABEAS CORPUS Nº 506.851 - SP (2019/0119428-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL NUNES DE ARAÚJO (PRESO)

DECISÃO

RAFAEL NUNES DE ARAÚJO, paciente neste habeas corpus, alega sofrer coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0002443-12.2016.8.26.0535.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 8 anos e 7 dias de reclusão, em regime fechado, mais 32 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II e V, do CP, por duas vezes.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva.

Neste habeas corpus, alega a impetrante que a confissão parcial é apta para configurar a respectiva atenuante e deve ser compensada com a reincidência na segunda fase.

Sustenta que foi aplicada fração de aumento superior ao mínimo legal na terceira fase da dosimetria, devido ao número de majorantes do roubo, sem referência aos elementos concretos do processo.

Pede **seja reconhecida a confissão e compensada com a reincidência, bem como reduzido o patamar de acréscimo na terceira fase do cálculo dosimétrico.**

Sem pedido de liminar e apresentadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

Decido.

A sentença foi proferida nestes termos:

No caso em tela, **a confissão dos acusados encontra-se em**

> **perfeita harmonia com os demais elementos de prova** produzidos nos autos.
> **As vítimas relataram que foram abordadas pelos acusados, que subtraíram seus celulares e os colocaram dentro do baú do caminhão. Pouco depois, foram transferidos para um veículo Strada, de cor verde, e permaneceram reféns junto a outros dois meliantes.** A vítima Clode, enquanto estava no baú do caminhão, conseguiu ligar para a polícia. A polícia abordou o caminhão e prendeu os acusados, enquanto as vítimas continuaram retidas pelos outros dois meliantes e só foram libertadas horas mais tarde.
> [...]
> Relevante destacar que a **circunstanciadora do concurso de agentes restou indubitável diante da narrativa das vítimas, que detalharam a combinação de esforços dos acusados e seus comparsas durante o assalto.**
> Também está presente a qualificadora referente à **restrição da liberdade das vítimas, pois estas foram mantida à força, sob grave ameaça, em poder dos acusados e seus comparsas não identificados por cerca de 02 horas,** visando impossibilitar pedido de socorro e assegurar o sucesso da subtração, até serem liberados.
> **Em se tratando de roubo duplamente agravado (concurso de agentes e restrição à liberdade das vítimas), o aumento da reprimenda deve ser de três oitavos sobre a pena básica.**
> [...]
> Verificando as diretrizes do art. 59 do Código Penal, tendo em vista a primariedade do acusado, fixo a pena base no mínimo legal, em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.
> **Não há que se falar em atenuante da confissão, pois o acusado negou a restrição à liberdade das vítimas, bem como a existência de outros dois comparsas na empreitada criminosa.**
> Em se tratando de **roubo duplamente agravado (restrição à liberdade da vítima e concurso de agentes), o aumento médio da reprimenda deve ser de 3/8** sobre a pena fixada anteriormente, ou seja, 05 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.
> (fls. 25-29, grifei)

O acórdão atacado asseriu o seguinte:

> **Já para o acusado Rafael Nunes, na segunda fase do apenamento, aumento em 1/4 pela reincidência** (Processo n° 0012324-81.2011.8.26.0278, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba, conforme Certidão de objeto e pé constante à f. 219).
> E, neste passo, **inviável o reconhecimento, por aqui, da atenuante da confissão espontânea**, como pretendem as defesas, pois — a despeito da Súmula n° 545 do C. Superior Tribunal de Justiça — não se caracterizou a atenuante da confissão espontânea, mas **admissão meramente parcial dos fatos, que não contribuiu de forma determinante para a condenação dos acusados.**
> **Prejudicada a apreciação do pedido da defesa de Rafael Nunes, quanto à compensação da reincidência com a confissão** espontânea, dês que dependente do reconhecimento dessa por esta Instância.
> Em seguida, **majoração em 3/8 pela dupla qualificação reconhecida pela r. sentença de origem**.
> **E esse entendimento não contraria a Súmula n° 443 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça**: "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".
> Pelo contrário, **vai ao seu encontro, vez que nitidamente mais grave e, portanto – como deve ser –, de maior reprovabilidade as condutas dos acusados.**
> Não se trata de mero cálculo fracional e injustificado.
> [...]
> Portanto, **como duas foram as qualificadoras reconhecidas, não se deve dar a majoração em apenas um terço, como quer a defesa de Rafael Nunes.**
> Daí que o aumento de 3/8, se disse, é plenamente compatível à hipótese vertente.
> E não se deve reduzir nem rever-se a fração e os critérios aplicados.
> (fls. 41-42, destaquei)

No que tange à confissão, **o insurgente admitiu, parcialmente, a prática delitiva na fase judicial, mas as instâncias ordinárias refutaram a incidência da atenuante, ao argumento de que o agente não haveria reconhecido a presença de todos os comparsas.**

Nesse cenário, esta Corte Superior entende: "Se a confissão

do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação" (**HC n. 289.943/SP**, de Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 4/8/2014).

No mesmo sentido: "Se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante" (**HC n. 246.940/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T, DJe 24/4/2014).

Dessa forma, é evidente o dissenso entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ, haja vista que **a confissão realizada na fase judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação**, devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

No que tange ao acréscimo decorrente das majorantes, **não verifico ilegalidade na exasperação da pena na razão de 3/8 na terceira fase** da dosimetria, quando apontados dados fáticos suficientes a indicar os contornos incomuns dos roubos e a periculosidade exacerbada dos réus.

Na espécie, o crime foi cometido por quatro indivíduos – número superior ao necessário para configurar o concurso de agentes –, que mantiveram as vítimas reféns por mais de duas horas no interior de veículos, a demonstrar maior periculosidade e reprovabilidade da conduta.

Não se trata de referência à simples gravidade abstrata das majorantes do roubo, em afronta à Súmula n. 443 do STJ, mas sim de **fundamentação com base em elementos concretos,** idôneos, a fim de justificar a fração de aumento no patamar de 3/8 na terceira fase da dosimetria. Nessa perspectiva:

> [...]
> 1. 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.
> 2. As instâncias ordinárias registraram os contornos incomuns do roubo, que evidenciam a **acentuada periculosidade dos réus e a maior censurabilidade da**

> **conduta, pois o crime foi perpetrado por excessivo número de agentes (3); com emprego de várias armas de fogo (3)**; mediante restrição, por tempo relevante, da liberdade das vítimas – uma delas com 12 anos de idade – e, por fim, houve ameaça de morte à família, caso os agentes fossem descobertos, ocasionando consequências psicológicas e físicas nas vítimas (episódio de pânico na criança e derrame nas vistas da genitora), **circunstâncias concretas que justificam, de maneira idônea, o aumento da pena em 1/2.**
> [...]
> 5. Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 305.854/RJ**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 3/8/2015, destaquei)

Por conseguinte, não há reparo a fazer no cálculo da terceira fase da dosimetria, em que corretamente foi aplicada fração de aumento acima do mínimo legal, mediante fundamentação idônea.

Feitas essas considerações, passo à nova dosimetria.

O Juiz sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal: **4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, que coincide com a intermediária, haja vista a compensação** da confissão com a reincidência. Na terceira fase **mantenho o aumento de 3/8, relativo às majorantes do roubo** (concurso de pessoas e restrição da liberdade), com o que chego à **reprimenda final de 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 13 dias-multa.**

Diante do exposto, **concedo parcialmente a ordem, a fim de reduzir a sanção para 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**