

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.445 - SP (2019/0303330-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALÍPIO ALVES DE JESUS JUNIOR (PRESO)
PACIENTE : CLEBERSON DE OLIVEIRA DIAS (PRESO)
PACIENTE : WILLIAM BERG DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ALÍPIO ALVES DE JESUS JUNIOR, CLEBERSON DE OLIVEIRA DIAS e WILLIAM BERG DA SILVA apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0026849-29.2018.8.26.0050).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, Alípio e Cleberson às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 15 (quinze) dias-multa; e William às penas de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 22 (vinte e dois) dias-multa (e-STJ fls. 22--26).

Interposta apelação, essa foi provida em parte para reduzir a pena de William, fixando-a em 07 anos de reclusão em regime inicial fechado e 16 dias-multa (e-STJ fls. 55-64).

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente William faz jus à compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Pretende, ainda, a alteração do *quantum* aplicado na terceira fase da dosimetria da pena, qual seja, 1/2 (metade) em razão do concurso de agentes, porte de arma e da restrição da liberdade da vítima, porquanto ausente fundamentação concreta.

Requer a concessão sumária e definitiva do *habeas corpus* para que seja redimensionada a reprimenda.

Em parecer (e-STJ fls. 70-77), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Superior Tribunal de Justiça

Para melhor delimitar a controvérsia, colhe-se do acórdão impetrado (e-STJ fl. 60):

"No que tange a William, embora também exista confissão ele é reincidente específico. Assim, o fato de o apelante, punido por um crime, voltar a delinquir, já é bastante grave, fato que justifica a agravante de reincidência.

Porém, tornar a cometer a mesma infração que já cometera anteriormente mostra maior recalcitrância, autorizando a aplicação de maior fração de aumento pela reincidência.[...]

Logo, tratando-se de reincidência específica, mesmo única, impõe-se tratamento diferenciado. Como o entendimento pacífico que uma única reincidência exaspera a pena de 1/6, por ser específica impõe-se o aumento de 1/3.

No caso dos autos a r. sentença exasperou em metade e desconsiderou a confissão. Realizando compensação parcial, no lugar de aumentar em 1/3, exaspero a pena em 1/6 e fixo a pena em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa."

Quanto à possibilidade de compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, o Tribunal *a quo* dissentiu da jurisprudência, porquanto *"a Terceira Seção desta Corte, no recente julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito"* (HC 450.495/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018).

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ESPECIFICIDADE. AUMENTO EM 1/3. DESPROPORCIONALIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. READEQUAÇÃO DA PENA DEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, na falta de previsão legal, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto), pela incidência das agravantes, exige fundamentação concreta.

2. Hipótese em que o aumento da reprimenda em 1/3, com base em apenas um título condenatório transitado em julgado, ainda que reste configurada a reincidência específica, denota a existência de desproporcionalidade na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

Superior Tribunal de Justiça

3. No julgamento do HC 365.963/SP, a Terceira Seção firmou o entendimento de que a especificidade da reincidência não enseja um maior desvalor na análise da dosimetria, o que permitiria, em princípio, a sua compensação integral com a atenuante da confissão espontânea.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 440.349/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RESISTÊNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONCURSO DE PESSOAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEUTRAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE.

1. O fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes, de o paciente ser multirreincidente em crimes contra o patrimônio, de ter o réu entrado em luta corporal com o policial militar que lhe deu voz de prisão e, por fim, de ter a conduta delitiva vitimado pessoa jurídica de pequeno porte, levam à conclusão de que a lesão jurídica provocada não é inexpressiva e que o comportamento do réu tampouco se apresenta como irrelevante a ponto de afastar a aplicabilidade do direito penal, não se evidenciando, na espécie, os requisitos subjetivos e objetivos necessários à aplicação do princípio da insignificância.

2. A restituição integral da res furtiva, embora afaste a negatização da vetorial das consequências do crime, da mesma forma que ocorre com as demais circunstâncias judiciais consideradas neutras, não servirá para reduzir a pena-base, sendo, pois, apenas mais uma vetorial sem poder de valoração positiva ou negativa.

3. A Terceira Seção do STJ, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior, na análise do HC n. 365.963/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, em 11/10/2017, firmou entendimento no sentido de ser devida a compensação integral entre as citadas atenuante e agravante, ainda que a reincidência seja pela prática do mesmo delito, ou seja, específica.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas impostas ao paciente, no tocante ao delito de furto, a 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Superior Tribunal de Justiça

(HC 426.673/SC, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 29/06/2018).

Dessarte, constata-se que o Tribunal local, ao deixar de compensar a reincidência com a confissão espontânea, dissentiu da atual jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sobre o tema, devendo ser alterada a pena na segunda fase da dosimetria.

Sendo assim, em razão da compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, fica estabelecida a pena para o paciente William, na segunda fase, em **4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa**.

No tocante à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, observa-se que o acórdão impugnado consignou o seguinte (e-STJ fls. 60-62):

Por fim, na terceira fase a reprimenda foi aumentada da metade, o que mantenho.

Quanto ao concurso, basta para a tipificação da causa de aumento, que o crime seja praticado por duas pessoas.

No caso dos autos o número de autores foi superior, indicando maior reprovabilidade, posto maior ataque ao bem jurídico pelo número de agentes, indicando a necessidade de aumento acima do mínimo.

Como visto, o número superior de agentes, que não se confunde com a elementar da causa de aumento, é indicativo de maior reprovabilidade e permite exasperação da pena.[...]

Ademais, houve emprego de arma de fogo, o que também demonstra maior reprovabilidade, haja vista a Lei 13.654/18 que alterou o aumento para 2/3 quando se tratar de arma

Verifica-se, da leitura dos excertos supra, que a fração de aumento da pena foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no enunciado sumular 443 desta Corte Superior, a saber:

"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".

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO.

Superior Tribunal de Justiça

CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO QUANTUM DE AUMENTO IMPOSTO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443/STJ. REGIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]

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. Nos termos da Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o quantum de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.

4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. 5. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi. No caso, as subtrações dos veículos foram realizadas em concurso de agentes entre os pacientes e grave ameaça, por meio da utilização de arma de fogo e de veículo de apoio, o que denota a maior reprovabilidade da conduta e a necessidade de regime mais rigoroso, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes).

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir as penas dos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado.

(HC 479.960/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)"

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03, ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP, ART. 157, § 2, I, II E V, DO CP E ART. 155, § 4º, II E IV, DO CP. AGRAVO DE A. M. DA S. S. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA PELO NÚMERO DE MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA 443/STJ. REDUZIDA AS PENAS. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

6. Flagrante ilegalidade reconhecida, porquanto, na terceira fase da pena, exige-se fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua majoração a mera indicação do número de causas de aumento do delito de roubo, nos termos da Súmula 443 desta Corte.

7. Agravos regimentais improvidos e habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir as penas dos agravantes relacionadas aos crimes de roubo, ante a inobservância da Súmula 443/STJ, mantido o regime fechado.

(AgRg no REsp 1668610/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)"

Assim, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal deduzido, impondo-se a concessão da ordem de ofício nesse ponto, pois não se apontou justificativa circunstancial que permita a adoção da fração de 1/2 (metade) na hipótese, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço).

Com efeito, passo a dimensionar a reprimenda dos pacientes.

Verifico que as penas-base fora fixadas em: a) 4 (quatro) anos, 8(oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para **Alípio**; b) 4(quatro) anos de reclusão e 10(dez) dias-multa para **Cleber**; c) 4(quatro) anos de reclusão e 10(dez) dias-multa para **William**.

Na segunda-fase, ante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a pena de Alípio foi reduzida para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Também na segunda fase, como visto acima, em razão da compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, fica estabelecida a pena para o paciente William, na mesma quantidade: 4 (quatro) anos e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Para Cleber, ante a inexistência de agravantes e a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, fica também estabelecida em idêntico patamar: 4 (quatro) anos e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Com efeito, na terceira fase incide igualmente **para todos os pacientes** a fração de 1/3 (um terço), sendo fixadas em definitivo, diante da ausência de outras causas modificativas, em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa**.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, não conheço do *writ*, contudo, **concedo o habeas corpus de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, Código de Processo Penal, a fim de redimensionar a reprimenda dos pacientes para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator

