

HABEAS CORPUS Nº 543.884 - SP (2019/0332548-7)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - SP310258
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO LUIZ DOS SANTOS SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTO IDÔNEO. DELITO PRATICADO DURANTE PERÍODO EM QUE O RÉU ESTAVA FORAGIDO DO SISTEMA PRISIONAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. MULTIRREINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. RÉU REINCIDENTE. LEGALIDADE. DETRAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Francisco Luiz dos Santos Souza**, apontando-se como autoridade coatora a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0002481-72.2017.8.26.0540).

Narram os autos que o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Mauá/SP condenou o paciente a 7 anos, 4 meses e 27 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo simples. À apelação criminal interposta pela defesa o Tribunal *a quo* negou provimento.

Daí o presente *mandamus*, em que a Defensoria Pública sustenta ilegalidade na dosimetria.

Afirma que *a exasperação da pena-base em razão da prática de novo crime durante o cumprimento de pena se apresenta como inegável bis in idem*, na medida em que o apenado recebe um triplo aumento: *i) maus antecedentes; ii) novo crime no curso de*

execução de pena; e iii) reincidência (fl. 8).

Argumenta, também, que deve ser reconhecida, na hipótese, a incidência da confissão espontânea e, por conseguinte, a sua compensação com a agravante da reincidência, conforme orientação pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, aduz que deve ser reconhecido do direito do réu ao regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, e dos enunciados sumulares 718 e 719, ambos do Supremo Tribunal Federal. A esse respeito, assevera, também, que deve ser aplicado o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e que *a determinação de que o acusado inicie o cumprimento da pena em regime mais gravoso, somente em razão da reincidência é completamente desproporcional* (fl. 12).

Requer, em liminar, a concessão do direito de aguardar em liberdade o julgamento do mérito deste *writ*. Ao final, pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal, pela compensação da reincidência com a confissão e pela fixação do regime inicial menos gravoso.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 36/37).

Prestadas as informações (fls. 44/47), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Osnir Belice, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, caso contrário, pela denegação da ordem (fls. 49/57).

É o relatório.

Ao fixar a pena, asseverou o Magistrado de primeiro grau (fl. 24 – grifo nosso):

Na primeira fase da aplicação da pena, parte-se do mínimo legal (04 anos de reclusão e 10 dias-multa). As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não são desfavoráveis ao réu (sic), **pois ele praticou o crime de roubo cumprindo pena, razão pela qual aumento a sua pena base em 1/6, passando a pena para 04 anos e 08 meses de reclusão, e 11 dias-multa** (fls. 42/50 = $78/86 = 104/112$). Na segunda fase da aplicação da pena, não há atenuante a ser apreciada. Contudo o réu é multirreincidente, razão pela qual aumento a sua pena em 1/6 para cada uma das três reincidências, passando a pena para 07 anos, 04 meses e 27 dias de reclusão, e 16 dias-multa. Na terceira fase de aplicação da pena, não há causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas, logo torno definitiva a pena do réu Francisco Luiz dos Santos Souza em 07 anos, 04 meses e 27 dias de reclusão, e 16 dias-multa.

Dessa forma, observo que não existe evidente constrangimento ilegal a ser sanado, já que a pena-base se insere dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade, inexistentes no caso.

Com efeito, segundo o entendimento desta Corte, *é evidente a maior reprovabilidade do cometimento de novo crime enquanto o réu estava foragido do sistema prisional* (AgRg no HC n. 469.480/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/12/2018).

No mesmo sentido: AgRg no HC n. 470.208/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 27/6/2019; e HC n. 496.752/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 20/5/2019.

De outro lado, no que se refere à incidência da confissão espontânea, assiste razão à impetrante.

Assim, é firme o entendimento deste Superior Tribunal de que, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, total ou parcial, **ou mesmo se houve retratação posterior**. Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp n. 1.447.415/SC, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 1º/12/2016; AgRg no AREsp n. 766.334/TO, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/2/2016; e AgRg no REsp n. 1.450.875/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 20/8/2015.

Esse entendimento, aliás, foi objeto do recente enunciado da Súmula 545/STJ: *quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal*.

Na hipótese, a confissão do paciente foi utilizada pelo Magistrado sentenciante para a formação do seu convencimento, consoante se depreende do seguinte excerto (fls.

23/24 – grifo nosso):

Pois bem, pelo auto de reconhecimento de pessoa (fl. 13 = 60), auto de exibição, apreensão e entrega (fl. 14 = 74), como também pelos depoimentos das testemunhas Marcelo (fls. 141/142) e Wendell (fls. 141/142), pelas declarações da vítima Edna (gravação audiovisual), **e pela confissão do réu Francisco (gravação audiovisual)**, foi comprovado que o réu ingressou no comércio da vítima, ameaçou ela de morte, subtraiu R\$ 21,00 dela, evadiu-se, e foi detido pelas testemunhas na posse da *res furtiva*. Portanto, pela prova colhida nos autos a condenação do réu Francisco Luiz dos Santos Souza é de rigor pela prática do crime previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal, contra a vítima Edna Alves de Souza. Observando o artigo 68 do Código Penal, passo a fixar a pena.

Nesse contexto, a confissão do réu deve ser considerada como circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena. Contudo, reconhecida a multirreincidência do réu, a compensação deverá ser parcial.

Com efeito, *a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, porquanto ambas envolvem a personalidade do agente, sendo, por consequência, igualmente preponderantes. Tal entendimento sofre alteração quando reconhecida a situação de réu multirreincidente, hipóteses nas quais, como regra, não será devida a compensação integral entre a confissão e a reincidência.*
2. Tratando-se de réu multirreincidente, cabível a compensação parcial da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (AgRg no AREsp n. 713.657/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/4/2018 – grifo nosso).

Fixadas essas premissas, passo ao redimensionamento da pena.

Partindo da pena-base fixada pelas instâncias ordinárias (4 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 11 dias-multa), a reprimenda deve ser acrescida em 1/4 (compensação da multirreincidência com a confissão espontânea), tornando-se definitiva em **5 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa**, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição da pena.

Por fim, não há qualquer ilegalidade a ser sanada no que se refere à fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Ora, como é cediço, nos termos do art. 33 do Código Penal, a fixação do

Superior Tribunal de Justiça

regime pressupõe a análise da reincidência, do *quantum* da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

In casu, vê-se que a pena foi fixada em **5 anos e 10 meses de reclusão, e 13 dias-multa**, e que o réu é reincidente, sendo, a regra, portanto, a fixação do **regime inicial fechado** para o seu cumprimento.

Por fim, com relação à detração penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que, *noticiado o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando, consoante os termos do art. 387, § 2º, do CPP* (HC n. 395.325/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/5/2017).

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator