HABEAS CORPUS Nº 560.129 - SP (2020/0026626-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ALUÍSIO IUNES MONTI RUGGERI RÉ - SP250354
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL ALEXANDRE CARVALHO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 72):

> Apelação. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Desnecessidade de apreensão da arma. Validade da prova oral que indica seu uso. Precedentes das Cortes Superiores. Penas bem aplicadas. Mantido o regime inicial fechado pela reincidência, bem como pela gravidade concreta do delito. Recurso defensivo improvido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em sentença confirmada pela Corte *a quo*, às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 14 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Neste *writ*, pugna a impetrante pela exclusão da causa de aumento do emprego de arma, porquanto o artefato não foi apreendido e periciado, tornando-se, portanto, impossível aferir a sua potencialidade lesiva. Requer, por fim, o reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Acerca da necessidade de apreensão e de perícia da arma de fogo para o reconhecimento da majorante do emprego de arma, a Corte *a quo* assim se manifestou (fl. 75):

> Também não vinga a tese defensiva, ao requerer o afastamento da qualificadora relativa ao emprego de arma de fogo. E a falta de apreensão da arma não descaracteriza a causa de aumento.
>
> Com efeito, a vítima foi segura em afirmar que o réu praticou o delito mediante ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, razão pela qual ela não esboçou qualquer reação e permitiu a subtração dos bens de sua propriedade.
>
> **Como se vê, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia.**

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 651F71AA-39D7-41D7-84B9-5E16B9BCAFEA

> **Em tais hipóteses, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas, a exemplo do que ocorreu no caso dos autos. Logo, não obstante a ausência de apreensão e perícia na arma de fogo, verifica-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da sua efetiva utilização, devendo ser mantida a majorante descrita no inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal.**
> A Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu que fica dispensada a apreensão e perícia da arma de fogo para que a pena do roubo sofra o aumento, na esteira a jurisprudência abaixo colacionada:

Com efeito, o entendimento esposado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas.

No caso dos autos, o Tribunal da apelação, instância soberana na revisão das provas, não deixou dúvidas quanto ao uso da arma, considerado comprovado pelo depoimento da vítima, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido, destaco:

> HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2º, I E II, DO CP. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA DO ARTEFATO BÉLICO COMO REQUISITO PARA INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE NO DELITO DE ROUBO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.
> **1. Segundo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, dispensável a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do CP), quando evidenciada a sua utilização no delito por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas.**
> A configuração de excesso de prazo não decorre da soma aritmética de prazos legais. A questão deve ser aferida segundo os critérios de razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades do caso.
> 2. Ordem denegada.
> (HC 534.076/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020)

Com relação à atenuante da confissão, as instâncias ordinárias entenderam que:

> Na dosagem da reprimenda, atenta aos antecedentes, à culpabilidade e às demais diretrizes do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base do acusado em quatro (04) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa, tendo em vista o preceito sancionador do artigo 157, caput, do Código Penal.
> **Reconheço a agravante da reincidência (processos nº 0002555-85.2008,**

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 651F71AA-39D7-41D7-84B9-5E16B9BCAFEA

> **0002786-49.2007 e 0000872-47.2007 – fls. 103, 104 e 107), majorando de um sexto (1/6) a reprimenda imposta ao réu, resultando no quantum de quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão e onze (11) dias-multa.** Reconheço a causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, majorando de 1/3 a reprimenda, resultando no quantum de seis (06) anos, dois (02) meses e vinte (20) dias de reclusão e quatorze (14) dias-multa. (sentença - fl. 52)
>
> Por outro lado, **não há que se falar em reconhecimento da suposta confissão. Na verdade, em Juízo, o réu negou a prática do delito, ao afirmar que confessou na Polícia porque teria sido torturado e coagido para assim agir**. Ora, não se pode permitir que ele se beneficie da própria torpeza. Desse modo, fica rejeitado o pedido de reconhecimento da referida atenuante. (acórdão - fl. 77)

Constato a presença de ilegalidade flagrante, na segunda fase da dosimetria, na medida em que a circunstância atenuante da confissão espontânea, não obstante tenha servido para dar suporte à condenação (fls. 49 e 73), deixou de ser considerada em favor do paciente, apenas por ter sido extrajudicial e retratada, pois, embora o réu tenha admitido a prática delitiva na fase policial, em juízo, negou a autoria delitiva.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, extrajudicial, ou, até mesmo, retratada, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para fundamentar a condenação, exatamente como ocorre na espécie, em que a confissão extrajudicial do réu, porquanto em consonância com as demais provas produzidas, foi considerada para o decreto condenatório (fls. 49 e 73). Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBOS TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS. CONFISSÃO PARCIAL DO PACIENTE WASHINGTON. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE DE INTEGRAL COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DAS PENAS DOS PACIENTES EM FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DENOTAM MAIOR REPROVAÇÃO DAS CONDUTAS. SÚMULA 443/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> **2. A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação.**

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 651F71AA-39D7-41D7-84B9-5E16B9BCAFEA

> **3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".**
> 4. A Terceira Seção, no 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 acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito.
> 5. Hipótese em que o paciente WASHINGTON faz jus à compensação integral da atenuante da confissão com a agravante da reincidência nos crimes de roubo, mantendo-se apenas o incremento decorrente da agravante remanescente (art. 61, II, h, do CP), na proporcional fração de 1/6.
> (...)
> 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente WASHINGTON.
> (HC 405.388/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

Assim, considerando-se que a jurisprudência desta Corte é firme no que diz respeito à incidência da atenuante prevista no art. 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 retratação na fase judicial, bastando que tenha servido para embasar a condenação – como na espécie –, é de rigor sua aplicação.

Por outro lado, esta Corte possui o entendimento de que, a depender das circunstâncias concretas do caso, a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência poderá ocorrer de forma parcial.

Na espécie, as instâncias ordinárias apontaram para o fato de ser o paciente multirreincidente (fl. 52), o que é considerado por esta Corte como óbice suficiente e válido a impedir a integral compensação entre a agravante e a atenuante. Neste sentido:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO.
> I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 651F71AA-39D7-41D7-84B9-5E16B9BCAFEA

> constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.
> II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).
> III - A jurisprudência desta Corte atua no sentido de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, não havendo que se falar em preponderância da primeira
> **IV - Na hipótese, é inviável a compensação integral com a agravante, considerando que o paciente é efetivamente multirreincidente. Com efeito, em se tratando de agente que ostenta mais de uma sentença configuradora de reincidência, a compensação deve ser parcial. Assim, demonstrada a multirreincidência, o paciente faz jus à compensação parcial, de forma que nenhuma censura merece o quantum estabelecido pela r. sentença condenatória, mantida pelo v. acórdão impugnado, que se mostra proporcional.**
> Habeas corpus não conhecido.
> (HC 471.436/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018)

Desta feita, a despeito de reconhecida a confissão extrajudicial e retratada do paciente, deixo de promover qualquer alteração no *quantum* de pena estipulado pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que a multirreincidência constitui fundamento suficiente a obstar a integral compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, sem repercussão, contudo, no *quantum* da pena.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 651F71AA-39D7-41D7-84B9-5E16B9BCAFEA