

Superior Tribunal de Justiça

S29

HABEAS CORPUS Nº 534.978 - SP (2019/0284532-6)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : VICTORIA DAS EIRAS MONTEIRO
ADVOGADO : VICTORIA DAS EIRAS MONTEIRO - SP406278
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO LARRUBIA DE MORAES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA SEM INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. Ordem liminarmente concedida.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Luiz Fernando Larrubia de Moraes** – condenado como incurso no crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, às penas de 3 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 16 dias-multa –, em que se alega constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à apelação defensiva, mantendo a condenação imposta pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Mogi das Cruzes/SP (Ação Penal n. 0000612-68.2013.8.26.0361).

Alega a impetrante que não houve a devida fundamentação no que diz respeito à majoração da pena em razão da culpabilidade do paciente, das circunstâncias e consequências do crime (fl. 6), bem como *bis in idem* na consideração da condenação definitiva que o paciente ostenta em duas fases do critério trifásico.

Aduz que a *Jurisprudência desta Colenda Corte é no sentido de que a confissão do acusado, quando utilizada para a formação do convencimento do julgador, deve ser reconhecida como circunstância atenuante, mesmo quando retratada ou eivada de teses defensivas,*

Superior Tribunal de Justiça

S29

discriminantes ou exculpantes (fl. 19).

Sustenta, por fim, que deixou o Magistrado Sentenciante de fundamentar sua decisão quanto à fixação do regime inicial, não podendo o ora Paciente ser levado ao cárcere sem qualquer embasamento legal, tão e unicamente data venia pela livre e consciente vontade do Julgador, razão de se postular no presente Writ, a concessão do regime inicial mais brando (fl. 22).

Postula, então, a concessão liminar da ordem, nos termos apresentados.

É o relatório.

A presente ordem merece concessão, inclusive liminarmente.

O Magistrado singular fundamentou a dosimetria da pena imposta ao paciente, nos seguintes termos (fls. 177/179 - grifo nosso):

[...]

Atendendo à exasperada culpabilidade, à conduta social não recomendável e aos demais elementos norteadores do art. 59, "caput", do Código Penal, fixo a pena base, majorada a mínima de um quinto (1/5), em dois (2) anos, quatro (4) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão e doze (12) dias-multa, no valor unitário de um décimo (1/10) do salário mínimo, notada a capacidade econômica do réu (fls. 21), tendo em vista o preceito sancionador do art. 14, "caput", da Lei nº 10.826/2003, c.c. arts. 60, "caput", e 49, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal. Em obediência ao disposto nos arts. 63 e 61, I, ambos do Código Penal, notando-se que o réu, anteriormente, foi condenado (fls. 117) por crime gravíssimo – roubo com duas causas de aumento de pena –, majoro a pena de um terço (1/3), obtendo, assim uma pena privativa da liberdade de três (3) anos, dois (2) meses e doze (12) dias de reclusão e uma pena pecuniária de dezesseis (16) dias-multa, no valor unitário de um décimo (1/10) do salário mínimo.

Justificando o maior aumento pela agravante da reincidência, é de se sublinhar que: [...]

Torno definitivas as penas fixadas, na ausência de circunstâncias modificadoras aplicáveis [...]

Não bastasse, pela reincidência, o regime fechado é o único recomendável. [...]

O Tribunal manteve intactos referidos argumentos (fls. 253/255 - grifo nosso):

[...]

Superior Tribunal de Justiça

S29

Passa-se à análise da sanção penal, somente no que tange aos pontos arguidos, em respeito ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Correta foi a fixação da pena-base em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, baseada em sua personalidade e conduta social, uma vez que não comprovou trabalho ou origem lícita para possuir R\$ 200.000,00 em patrimônio (fls. 21), se não a ilícita atividade, ainda mais quando já condenado definitivamente por roubo majorado pelo emprego de arma, daí provavelmente o motivo de estar portando ilegalmente munições, ou seja, debochando da punição estatal.

Acertado foi o agravamento de 1/3 (um terço), pela reincidência (fls. 117), mesmo sendo condenado definitivamente por crime atroz praticado com violência ou grave ameaça, além de duplamente majorado, voltou a delinquir em seguida à saída da penitenciária.

Apropriado o reconhecimento da confissão espontânea do Réu; entretanto, ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha se pronunciado, com caráter geral, sobre a prevalência da atenuante da confissão em relação à agravante da reincidência [...], o Supremo Tribunal Federal tomou posição contrária àquele posicionamento - dando, pois, por prejudicada aquela tese -, como se vê das ementas de julgamento do: [...]

Adequada foi a fixação do regime fechado como inicial de cumprimento de pena, tendo em vista as circunstâncias judiciais já analisadas na primeira etapa, bem como sua reincidência (fls.117), indicando que regime inicial fixado por crime anterior não foi o suficiente para inibi-lo a praticar novo crime (artigo 33, § 3º, do Código Penal).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

[...]

Da atenta análise dos trechos transcritos, observa-se que se mostra patente o constrangimento ilegal alegado.

Primeiro, porque não há indicação de um elemento concreto capaz de justificar a majoração da pena-base, tendo o Juízo de primeiro grau se limitado a referir-se à *exasperada culpabilidade, à conduta social não recomendável e aos demais elementos norteadores do art. 59, "caput", do Código Penal*, o que é inadmissível.

Depois, em que pese tenha sido reconhecida a atenuante da confissão, não se procedeu à sua compensação com a agravante da reincidência, ofendendo entendimento consolidado desta Corte no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS.

Redimensionando-se a pena imposta ao paciente, temos:

Fixada a pena-base no mínimo legal de **2 anos de reclusão e 10 dias-multa**, na segunda etapa, compenso a agravante da reincidência com a

Superior Tribunal de Justiça

S29

atenuante da confissão espontânea, permanecendo a pena neste patamar, a qual torno definitiva, em razão da inexistência de outras circunstâncias especiais de aumento.

A pena definitiva imposta, aliada à reincidência do réu, justifica a imposição do regime inicial semiaberto de expiação, nos termos do art. 33 do Código Penal.

Em face do exposto, **concedo** a ordem, liminarmente, para reduzir a pena-base e compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, resultando a reprimenda definitiva do paciente em **2 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime inicial semiaberto.**

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 24 de setembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator