

HABEAS CORPUS Nº 441.750 - SP (2018/0064408-9)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
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 : ALECSANDRO SARAIVA DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de ALECSANDRO SARAIVA DE SOUZA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0024203-14.2015.8.26.0224).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, da Lei 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecente), à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do paciente para 8 anos e 2 meses de reclusão, em acórdão de fls. 30/36.

No presente *mandamus*, alega que tanto o magistrado sentenciante quanto o Tribunal de Justiça afastaram o reconhecimento da confissão espontânea, embora a tenham utilizado para a formação da convicção pela culpa do acusado.

Requer, assim, o reconhecimento da confissão espontânea e a sua compensação com agravante da reincidência.

Sem pedido liminar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, sucessivamente, pela denegação da ordem (fls. 42/46).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da confissão e a sua compensação com a agravante de reincidência, na segunda fase de dosimetria.

Da análise dos autos, verifico que tanto o Juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de origem afastaram o reconhecimento da referida atenuante, bem como sua compensação com a agravante da reincidência, por entenderem que a confissão teve caráter meramente informal, não podendo, portanto, ser reconhecida e beneficiar o paciente com qualquer redução de pena, conforme se verifica:

[...]

Questionado informalmente pelos policiais militares, ALECSANDRO negou a traficância, alegando que estava no local empinando pipa, fato que causou estranheza aos milicianos pela inexistência de petrechos para tal prática.

Perguntado novamente, o denunciado confirmou que praticava o tráfico de drogas, juntamente com Robert e Mateus, levando os policiais até uma viela próxima do local da abordagem, onde retirou de um buraco no muro, uma sacola contendo 41 porções contendo a droga cocaína.

Após a localização das drogas, ALECSANDRO informou ainda que o restante dos entorpecentes estaria guardado na casa do adolescente Mateus, situada na Rua Nova Odessa, nº. 390.

Prosseguindo-se as buscas na residência de Mateus, mais propriamente no armário usado pelo adolescente, os milicianos encontraram outras 190 porções da mesma droga cocaína.

Neste cenário, atento a quantidade de drogas, a forma de acondicionamento, as circunstâncias da prisão, bem como as declarações dos agentes policiais, é certo que ALECSANDRO praticava o nefasto tráfico ilícito de drogas, conduta que envolvia os adolescentes Robert e Mateus.

[...]

De mais a mais, a grande quantidade de drogas apreendidas (231 porções de cocaína, com peso líquido de 94,43g), o modo como estavam acondicionadas (em embalagens plásticas, prontas para comercialização) e escondidas (parte em um buraco de um muro e o restante na residência de Mateus), a quantia em dinheiro apreendida (R\$ 73,00 em notas trocadas e moedas, sem comprovação de origem), bem como o local onde se deram os fatos (conhecido ponto de venda de drogas) e a confissão informal do acusado e dos adolescentes aos policiais que os prenderam, são indicativos suficientes para concluir-se que as drogas destinavam-se ao tráfico, visando o consumo de terceiros, nos termos do parágrafo 2º, do art. 28 da Lei n. 11.343/06 (sentença - fls. 17/24).

[...]

Consta da inicial que, após receberem denúncias de tráfico de drogas em determinado endereço, policiais militares que realizavam patrulhamento diligenciaram ao local indicado e ali abordaram o acusado e os adolescentes. Em buscas pessoais, foram encontrados R\$ 48,00 em espécie, sendo R\$ 34,00 com o adolescente M.S. e R\$ 14,00 com o recorrente.

Indagado, Alecsandro negou a traficância, alegando que estava no local dos fatos empinando pipa. **Questionado novamente (não havia pipa no local), o réu admitiu a prática do tráfico de drogas com os adolescentes, levou os milicianos a uma viela próxima ao lugar da abordagem e retirou de um buraco em um muro uma sacola contendo 41 porções de cocaína. O apelante ainda informou que havia mais entorpecentes guardados na casa do adolescente M.S., tendo os agentes públicos, então, rumado a tal local. Ali, em um armário, os policiais encontraram mais 190 porções de cocaína.**

A materialidade delitiva veio demonstrada pelo boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 69/70, positivo para cocaína.

A autoria é igualmente incontroversa.

Patente, pois, a prática do delito de tráfico de entorpecentes em questão, pelo recorrente, diante do comprometedor acervo probatório produzido, não havendo que se falar em absolvição.

A considerável quantidade de porções de entorpecentes encontrada, a apreensão do dinheiro e a **confissão informal do recorrente comprovam, à saciedade, a destinação comercial das substâncias** (acórdão - fls. 32/34).

Da análise dos trechos acima transcritos, infere-se que, de fato, trata-se de confissão informal, realizada fora do âmbito judicial e inquisitorial, sendo apenas dirigida aos policiais que efetuaram o flagrante.

Todavia, ainda que informal, a confissão do acusado foi determinante para que os agentes encontrassem os entorpecentes apreendidos, sendo utilizada tanto pelo magistrado sentenciante quanto pelo Tribunal de origem como elemento de convicção para a formação da culpa.

Sendo assim, se a confissão informal do paciente serviu de embasamento para a sua condenação, ainda que atrelada a outros elementos probatórios, imperioso reconhecer que tal declaração justifica, do mesmo modo, a incidência da atenuante em discussão. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE

RECURSO ESPECIAL. FURTO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIA DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. DECLARAÇÕES VALORADAS NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Na primeira etapa do critério trifásico, a pena-base foi exasperada pelas consequências do crime, pois a vítima teria suportado prejuízo de mais de R\$ 10.000,00. Decerto, por ser o prejuízo patrimonial ínsito ao crime de furto, as consequências do delito devem ser negativamente valoradas se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Na hipótese, além do valor da res furtivae, apenas parcialmente recuperada, a conduta criminosa acarretou avaria no estabelecimento comercial e no sistema de captação de imagens, tendo o aumento sido corretamente empreendido, sem que se possa falar em violação do art. 59 do Estatuto Repressor e do art. 93, IX, da Constituição Federal.

4. A atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Precedentes.

5. Hipótese na qual o agente, embora tenha negado qualquer envolvimento com o delito ao prestar depoimento na fase inquisitorial e durante a instrução criminal, reconheceu ser o autor da prática delitiva a três agentes policiais, sendo que as suas declarações foram sopesadas na formação do juízo condenatório, tendo sido consignado, inclusive, que o réu indicou que parte da res furtivae estaria em sua residência, o que permitiu a recuperação de tais bens. Se a confissão informal do réu pode servir de sustentáculo para a condenação penal, desde que seja corroborada por outros elementos probatórios, forçoso reconhecer que tal manifestação justifica, igualmente, a incidência da atenuante de pena do art. 65, III, "d", do Código Penal.

6. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

7. Tratando-se de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, como na hipótese dos autos.

8. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, com a devida compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (HC 358.744/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2016).

Outrossim, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EResp n. 1.154.752/RS, em 23/5/2012, pacificou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, ao reconhecer serem ambas as causas igualmente preponderantes. Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

(EREsp 1154752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 304 C/C ART. 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SEGUNDA FASE DA

DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. DUPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/3. REDUÇÃO PARA A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA QUE DEVE SER REDUZIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência.

- Avançando na análise do tema, a mesma Terceira Seção, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, assentou não haver previsão legal para que se oferte mais desvalor à conduta daquele que ostenta outra condenação pelo mesmo delito, de forma que a reincidência específica deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão.

- Tendo em vista múltipla reincidência específica do paciente, a compensação integral entre a confissão e a reincidência violaria os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

- No caso, porém, está configurado o constrangimento ilegal, pois as instâncias ordinárias exasperaram a pena, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/3, apenas pela reincidência específica, o que destoia do novel entendimento firmado nesta Corte, devendo ser reduzida a exasperação para a usual fração de 1/6.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir a pena corporal do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, e 17 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 411.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017)

Desse modo, necessário o redimensionamento da pena do paciente.

Na primeira fase, mantenho a pena-base estabelecida pelo Tribunal de origem, em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa. Na segunda, compenso a

agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se então a pena no mesmo patamar. Por fim, mantenho o aumento da pena em 1/5 em razão do envolvimento de adolescentes, restando a pena definitiva de 7 anos de reclusão, mais 699 dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para reconhecer a atenuante da confissão, promovendo sua compensação com a reincidência, redimensionando a pena para 7 anos de reclusão, mais 699 dias-multa.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

