HABEAS CORPUS Nº 489.889 - SP (2019/0016441-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CARLOS HENRIQUE VENANCIO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CARLOS TAVARES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0043278-39.2015.8.26.0224).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal negou-lhe provimento.

Neste *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que, na segunda fase da dosimetria da pena, o paciente faz jus à compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, em respeito à jurisprudência pacífica desta Corte.

Requer, assim, o redimensionamento da reprimenda.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCA- BIMENTO. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RESTRI- ÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. PLEITO DE COMPEN- SAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA PAR- CIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. MULTIRREINCIDÊN- CIA. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL COM A AGRAVANTE DA REIN- CIDÊNCIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERI- ORES. NO ENTANTO, DIANTE DA OCORRÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ORDEM DEVE SER CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA QUE SEJA RECONHECIDA A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO PARCIAL ENTRE A*

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. (fl. 88)

É o relatório.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Na hipótese, as instâncias ordinárias entenderam ser a reincidência (art. 61, I, do Código Penal) preponderante sobre a confissão espontânea (art. 65, III, *"d"*, do Código Penal), conforme se extrai dos seguintes trechos:

> **Sentença:**
> *[...]*
> *O acusado tem péssimos antecedentes criminais (fls. 46/55), o que será considerado na segunda fase de fixação da pena, por retratar reincidência.*
> *Assim, fixo a pena base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.*
> ***O acusado é multirreincidente (fls. 67 e 53-execução 2; 89; 103; 97/98 e 52/53) e confessou a prática do delito.***
> ***Nos termos do art. 67, do CP, considero como circunstância preponderante a reincidência, não havendo que se falar em compensação de circunstâncias, já que a própria lei traz o critério para se aferir qual delas deve ser aplicada em detrimento da outra.***
> ***Elevo, portanto, de um terço a pena, fixando-a em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias- multa.***
> *O delito foi cometido nas dependências de estabelecimento prisional, motivo pelo qual elevo de um sexto a pena, estabelecendo-a em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa.*
> *Não há que se falar na aplicação do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, uma vez que o acusado é multirreincidente, o que demonstra que se dedica à vida do crime.*
> *Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente a ação e condeno CARLOS HENRIQUE VENÂNCIO como incurso nas sanções do art. 33, caput, c.c. o art. 40, inc. III, ambos da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe a pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias- multa, calculados no mínimo legal e corrigidos desde a data do fato.* (fls. 11/12)

Acórdão:

[...]

A base foi fixada no mínimo legal de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, em que pese à quantidade de porções de droga apreendida, o que motivaria o aumento da base, mas, por inércia ministerial fica mantida no mínimo legal.

Na segunda fase houve a preponderância da agravante da reincidência 29 em relação a atenuante da confissão, aumentando a pena em 1/3, perfazendo, assim, a pena de 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, não havendo que se falar em compensação da referida atenuante com a agravante.

Existindo uma circunstância agravante e uma atenuante, aplica-se a regra do artigo 67 do Código Penal.

[...]

Neste sentido segue a orientação de COSTA E SILVA que entende ter o legislador ressaltando a preponderância desta circunstância.

Porém, como tudo no Direito, impossível adoção de um valor ou interpretação como absolutos.

Necessário aprofundar-se na análise das circunstâncias concretas.

Tanto assim que o próprio GUILHERME NUCCI 35 destacando as posições divergentes acerca da natureza da confissão espontânea como circunstância preponderante, afirma que "não cremos que exista uma solução única. Tudo depende do caso concreto. Se a confissão espontânea for, de fato, fruto de uma personalidade amigável, de quem cometeu um crime em face de um lamentável lapso, mas, moído pelo remorso, resolve colaborar com o Estado para a apuração do ocorrido, é viável considerar-se uma atenuante preponderante, compensando-se com a reincidência, que é agravante preponderante. No entanto, se a confissão, embora espontânea, não possa ser considerada fruto da personalidade positiva do acusado, até por falta de dados nesse sentido, não de pode compensá-la com a agravante da reincidência, que é objetivamente preponderante".

Logo, como no caso dos autos não se vislumbra a confissão como indicativo de uma personalidade amigável, que seria indicativo de um elemento de natureza subjetiva, prepondera a reincidência.

Conhece-se a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 1341370/MT (recurso repetitivo), no entanto, com a devida venia, não parece ser esta a orientação aplicável ao caso. Ademais, a ementa do referido julgado diz que a compensação é "possível", vocábulo que em sua acepção não impõe a necessária compensação entre ambas as circunstâncias.

Diante disto, dadas as peculiaridades do caso, entendo que não é possível a compensação.

[...]

Na terceira fase, em face da causa de aumento prevista no

artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 (nas dependências de estabelecimento prisional) a pena foi majorada em 1/6, totalizando a pena em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa.

Inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Isto porque o acusado era reincidente. Assim não era o caso de concessão do redutor porque não preenchido requisito necessário ao reconhecimento da minorante.

Logo as penas permaneceram em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade e o sursis em face da alta reprovabilidade e do quantum de pena, com fulcro no artigo 44, incisos I e III, do Código Penal, bem como a concessão de sursis. (fls. 29/33)

Acontece que 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:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. ***DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA DELITIVA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.***

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS (DJe 04/09/12), pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para efetuar a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente no quantum da pena-base fixada (dois anos e oito meses de reclusão e vinte dias-multa) (HC 210.109/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2014).

Entretanto, em se tratando de réu multirreincidente, incabível a compensação total entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, visto que a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. ROUBO. CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do writ, por exigirem revolvimento probatório.

3. 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". Recentemente, em 11/10/2017, no julgamento do Habeas Corpus 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.

4. Tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

5. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

6. Procedida à compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, descabe falar em ilegalidade no incremento da reprimenda em 1/6 na segunda fase da dosimetria.

7. Writ não conhecido (HC 440.451/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/04/2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO E DECRETADA, DE OFÍCIO, A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. A jurisprudência desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos, em 23/5/2012, pacificou o entendimento de que 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.

> *3. Reduzida a pena e decorrido lapso temporal superior a 3 anos entre os marcos interruptivos, operou-se a prescrição da pretensão punitiva da pena fixada em patamar inferior a 1 ano.*
>
> *4. Agravo regimental parcialmente provido para, reconhecida a compensação parcial da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzir a pena, decretando, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva* (AgRg no AREsp 713.657/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/04/2018).

Assim, passo ao redimensionamento da reprimenda.

Mantenho a pena-base no mínimo legal, 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa. Na segunda fase, mantenho a agravante da reincidência, todavia reduzo a fração de aumento de 1/3 para 1/6, face à compensação parcial com a atenuante da confissão, restando a pena intermediária de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa. Na terceira fase, mantenho o aumento de 1/6 (art. 40, III, da Lei n. 11.343/06), resultando na pena definitiva de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais 680 dias-multa. Mantenho, no mais, as disposições estabelecidas pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para compensar parcialmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, reduzindo a pena nos termos acima.

Publique-se

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator