

HABEAS CORPUS Nº 505.910 - SP (2019/0113466-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO APARECIDO DE OLIVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de SANDRO APARECIDO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação n. 0000011-19.2018.8.26.0545.

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação suficiente a justificar a exasperação da pena-base pelos maus antecedentes, porquanto reconhecida com base em condenações extintas há mais de cinco anos.

Alega que é cabível a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência do réu, tendo em vista que ambas são preponderantes.

Requer a concessão sumária da ordem constitucional para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final deste *writ*. No mérito, o redimensionamento da sanção.

Pedido liminar indeferido às e-STJ fls. 114-115.

Informações prestadas às e-STJ fls. 120-137 e 140-161.

O Ministério Público Federal manifestou-se, à e-STJ fl. 162, pela *negativa de seguimento do habeas corpus*.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Acerca do tema deste *habeas corpus*, é preciso ter presente que os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita às hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitida a alteração do regime inicial ou o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou de diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

No que se refere aos antecedentes, constata-se que a Corte de origem manteve o aumento na fração de 1/6 sobre a reprimenda básica, em razão da análise desfavorável do referido vetor, conforme o seguinte excerto do acórdão combatido:

A pena-base foi fundamentada e proporcionalmente fixada em 1/6 acima do mínimo legal, sopesa a antecedência criminal ostentada pelo recorrente, conforme certidão de fls. 109/110.

Diversamente do sustentado nas razões recursais, a condenação criminal alcançada pelo prazo depurador de cinco anos, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, embora afaste os efeitos da reincidência, constitui circunstância negativa idônea para justificar a exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria, a título de maus antecedentes, conforme se vislumbrou na hipótese (e-STJ fls. 17-18).

In casu, o acórdão impugnado alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, que entende que condenações transitadas em julgado, ainda que atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, podem ser consideradas como maus antecedentes, razão pela qual deve ser mantida a vetorial considerada desfavorável ao sentenciado.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. POSSIBILIDADE. MAIOR DE 70 ANOS APÓS A DATA DA SENTENÇA. ATENUANTE DO ART. 65, I, DO CÓDIGO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS. HABEAS CORPUS 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, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do mandamus somente se mostra adequada, para a análise

da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

Somente em casos de evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

III - In casu, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita, uma vez que a jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

[...]

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 440.844/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 24/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 157, § 3º, 2ª PARTE, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PERÍODO DEPURADOR. TRANSCURSO. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. As condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos podem constituir motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes, apesar do fato de que não podem ser consideradas como reincidência. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 389185/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017)

Por outro lado, a defesa sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal em razão da não compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência.

O juízo *a quo*, após expor os fundamentos de sua convicção, fixou a sanção do referido paciente nos seguintes termos:

Atenta às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, aumento a pena em 1/6, em razão da existência de condenação anterior (cf. certidão de fls. 109/110). E aqui verifico que, ainda que decorrido prazo de 5 anos, mencionado pela Defesa, é certo que tal fato não impede o reconhecimento da referida condenação como forma de atender ao princípio da individualização da pena, pois não se pode igualar a situação daquele que nunca foi condenado com a condição daquele que ostenta condenação criminal anterior. Assim, chego a uma pena de 7 meses de detenção, multa de 11 dias-multa, fixados estes em seu mínimo legal e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, por 2 meses e 10 dias.

Na segunda fase de aplicação de pena verifico que o acusado admitiu a prática delitiva, mas é reincidente (cf. FA de fls. 100/102). Neste particular, não se pode ignorar a preponderância da referida agravante em relação à atenuante em discussão, de modo que aumento a pena em mais 1/6 e chego a 8 meses e 5 dias de detenção, pagamento de 12 dias-multa e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, por 2 meses e 21 dias.

Na terceira fase inexistem causas de aumento ou diminuição (e-STJ fls. 47-48).

De sua vez, o Tribunal de origem adotou o seguinte entendimento:

Na etapa intermediária, embora reconhecida a confissão espontânea, a reprimenda foi adequadamente exasperada em 1/6, em face da preponderância da agravante da reincidência sobre aquela atenuante.

Em que pese o esforço argumentativo da Defesa, verifica-se que a recidiva foi corretamente reconhecida, tendo em vista pesar contra o apelante a existência de anterior condenação criminal definitiva (diversa daquela sopesada na primeira etapa), conforme registro consignado na certidão de fls. 113, atinente ao processo nº 0000011-38.2014.8.26.0099, transitada em julgado para o réu aos 13.07.2015, nos exatos termos dos artigos 63 e 64, inciso I, ambos do Código Penal.

Consigne-se, a propósito das alegações recursais, que a folha de antecedentes criminais configura documento hábil e suficiente para ser valorada na dosagem da pena, quando revela, de maneira inequívoca, a existência de condenação criminal definitiva em desfavor do acusado, sendo dispensada, por efeito, a apresentação da correspondente certidão cartorária.

[...]

Ainda no tocante à segunda fase, inviável o pleito de compensação integral entre a recidiva e a atenuante da confissão espontânea, observado que foi o preceito normativo insculpido no artigo 67, do Código Penal, máxime se se atentar que o apelante ostenta condenação criminal definitiva pela prática de crime da mesma natureza, a merecer, assim, maior reprovabilidade (fls. 113).

Ora, no caso em exame, a condenação criminal pelo mesmo delito revela a persistência na criminalidade, com potencial desvalor da conduta, suficiente a justificar a neutralização parcial das mencionadas circunstâncias (e-STJ fls. 18-20).

Da leitura dos excertos, constata-se que o Tribunal de origem afastou a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, ao argumento de que a agravante é circunstância preponderante.

Sucedo que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.341.370/MT, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento segundo o qual, em princípio, é possível a

compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, na medida em que igualmente preponderantes, haja vista ambas se relacionarem à personalidade do agente.

Veja-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013).

A par dos fundamentos elencados, possível notar que o *decisum* combatido está em desconformidade com a jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que são igualmente preponderantes a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que específica.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas 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".

2. Não há dúvida, portanto, que o deferimento de tal benesse não constitui regra de aplicação obrigatória, devendo ser aferido segundo as peculiaridades de cada hipótese, consoante os princípios da razoabilidade e da individualização da pena.

3. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, admite-se a compensação proporcional da referida agravante com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes.

4. No caso, considerando-se a compensação entre a atenuante e a agravante, com preponderância desta sobre aquela, ante a multirreincidência do réu, o aumento da pena na fração de 1/6 não se mostra desarrazoado ou desproporcional.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1373813/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO PARCIAL. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. SUMULA 545/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo do recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - A "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas 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" (HC 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/8/2017).

III - Nos termos do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte "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", independente de ter sido parcial, qualificada ou retratada.

IV - Reconhecida a confissão pelas instâncias ordinárias, ainda que parcial, cumpre destacar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a aludida atenuante deve ser compensada com a agravante da reincidência.

V - No julgamento do HC 365.963/SP, a Terceira Seção firmou o entendimento de que a reincidência, inclusive a específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para compensar integralmente a agravante da reincidência específica com a atenuante da confissão parcial.

(HC 477.431/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019)

Desse modo, necessário o redimensionamento da dosimetria da pena.

Verifica-se que na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, a saber em 7 meses de detenção e 11 dias-multa (e-STJ fl. 47).

Na segunda fase, reconhece-se a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão de modo integral, **fixando-se a pena definitivamente em 7 meses de detenção e 11 dias-multa**, uma vez que inexistem causas de aumento ou diminuição.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço**

do *writ*. **Concedo, contudo, o habeas corpus de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, **para, compensando-se a atenuante da confissão com a reincidência específica, reduzir a pena aplicada ao paciente para 7 (sete) meses de detenção e 11 dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Comunique-se. Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi

Relator

