HABEAS CORPUS Nº 502.021 - SP (2019/0093216-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
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	:	MIKAEL SANTOS PINTO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MIKAEL SANTOS PINTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0062739-63.2017.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso da defesa, a fim de reduzir a pena do réu para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto, embora reconhecida a confissão espontânea pelas instâncias ordinárias, a referida atenuante não foi considerada na dosimetria da pena, em descompasso com o entendimento firmado no Enunciado Sumular 545 desta Corte Superior.

Requer, ao final, o redimensionamento da reprimenda do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 50-51.

As informações foram prestadas às fls. 109-135.

O MPF, às fls. 141-144, manifestou-se pela manutenção da decisão impugnada.

É o relatório.

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 artigo 105 da Constituição Federal, 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 artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com efeito, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fl. 44):

> *"Com feito, verifica-se que o réu não confessou integralmente a prática delitiva, vez que negou veementemente o emprego de violência contra a vítima, limitando-se a dizer que se aproveitou de um momento de distração para entrar no carro e sair dirigindo.*
> *Logo é evidente que se trata de confissão parcial, eis que o apelante omitiu facetas importantes de sua conduta, buscando atenuar sua responsabilização criminal."*

A par dos fundamentos elencados, possível notar que o *decisum* combatido está em desconformidade com a jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que "*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"* (Súmula 545/STJ), sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior, como no presente caso.

Nesse sentido:

> *"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECONHECIDA A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM FAVOR DO RECORRIDO. CONFISSÃO NA FASE EXTRAJUDICIAL QUE FOI UTILIZADA PARA O CONVENCIMENTO DO JULGADOR. SÚMULA 545/STJ. PLEITO DE AFASTAMENTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. **Consoante entendimento firmado na Súmula 545 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", sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade** (AgRg no REsp 1.516.358/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 5/11/2015, AgRg no REsp 1.450.875/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015). In casu, tendo sido utilizada a confissão extrajudicial do recorrente para subsidiar o édito condenatório, é de rigor a incidência da atenuante do art. 65, III, "d", do CP.*
>
> *2. Não implica violação à Súmula 7/STJ o simples fato de uma decisão monocrática ou um acórdão proferido em sede de recurso especial citar ou transcrever trecho da sentença para fundamentar a conclusão adotada, num ou noutro sentido, quando o Tribunal de origem tenha transcrito trecho da sentença no próprio acórdão recorrido.*
>
> *3. Agravo regimental não provido.*
>
> *(AgRg no REsp 1780470/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)"*
>
> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IGUALMENTE PREPONDERANTES. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.*

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que 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 n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).
III - Interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a atenuante da confissão e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas, via de regra. ***A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.***
IV - Na hipótese, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não somente em função da quantidade de droga apreendida, mas também em razão das circunstâncias em que se deu a prisão da paciente, situação que corrobora a conclusão de que se dedicava à atividades ilícitas, o que justifica o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.
V - A quantidade de entorpecente foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso para ambas as pacientes o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para promover a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da paciente DANIELE RODRIGUES DA SILVA, redimensionando sua pena para 5 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.
(HC 492.449/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)"

Ademais, no julgamento dos EREsp 1.154.752/RS, a 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que as mencionadas circunstâncias podem ser compensadas, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

Veja-se a ementa do julgado:

> *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).*

Nesse contexto, impositiva a reforma do acórdão recorrido, quanto ao ponto, a fim de que se proceda à compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, excluindo-se a fração de aumento em 1/6 (um sexto) da segunda fase da dosimetria, reduzindo-se a reprimenda do paciente para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na terceira fase, mantém-se o aumento de 1/3 (um terço) em razão da causa de aumento referente ao concurso de agentes, alcançando a reprimenda definitivamente o patamar de **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, não conheço do *writ*, contudo, **concedo *o habeas corpus* de ofício,** nos termos do art. 654, § 2º, Código de Processo Penal, a fim de redimensionar a reprimenda do paciente para **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator