HABEAS CORPUS Nº 512.291 - SP (2019/0151089-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	RAFAEL NONAKA DA SILVA E OUTRO
ADVOGADOS	:	BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
		RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL TEIXEIRA PELOZI HERNANDES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL TEIXEIRA PELOZI HERNANDES, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001031-02.2017.8.26.0603.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de **6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa**, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.34/06 (fls. 18-24).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 25-29 e 389-396.

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de reconhecimento da confissão espontânea do paciente, uma vez que foi utilizada como fundamento expresso para a condenação.

Para tanto, sustenta, que *"[...] em vista da manutenção da r.sentença condenatória que não aplicou a benesse prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, o paciente terá que cumprir pena privativa de liberdade em desconformidade com os critérios de dosimetria fixados na Lei, já que goza do direito à atenuante da confissão espontânea, sendo tal negativa caracterizado como ato coator em detrimento da liberdade do cidadão"* (fl. 6).

Assevera, ademais, que *"[...] ainda que não tenha o d.magistrado aplicado a Agravante da reincidência, isso não obstrui o direito do paciente à Atenuante da Confissão Espontânea, vez que o d.Magistrado utilizou a confissão espontânea como fundamento para a condenação (materialidade e autoria)"* (fl. 7).

Afirma, por isso, que *"De uma forma ou de outra, não há que falar sobre compensação entre a confissão espontânea e a reincidência, e, além disso, nem mesmo há que se mencionar sobre preponderância de uma sobre a outra, vez que se fosse o caso, em havendo erro material na r.sentença, o d.Ministério Público deveria ter oposto Embargos de Declaração ou recorrido, o que não o fez na oportunidade adequada"* (fl. 7).

Aduz, também, que *"[...] não há como sustentar que a confissão parcial do réu seria preponderada pela agravante da reincidência, uma vez que o entendimento acerca da matéria já é consolidado pelo STJ, que deu nova interpretação ao concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, entendendo que mesmo existindo reincidência, ainda que parcial a confissão, a benesse do artigo 65, III, d, do Código Penal deve ser aplicada"*. (fl. 8).

Por fim, assevera, que *"[...] o D. magistrado, na segunda fase da dosimetria da pena, não aplicou a atenuante da confissão, colacionando, por sua vez, julgado que informa que a reincidência prevalece sobre a confissão, sem proceder com o redimensionamento necessário nesta fase"*. (fl. 9).

Requer, assim, a concessão da ordem para seja aplicada a atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria, com consequente fixação da pena no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

A liminar foi indeferida (fls. 512-515).

Informações prestadas às fls. 518-526.

O Ministério Público Federal, às fls. 529-531, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

*"**HABEAS CORPUS** SUBSTITITUVO. TRÁFICO. PENA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. ASSIMETRIA. CÁLCULO ARITIMÉTICO. FAVORECIMENTO. RÉU. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.*

- Não se conhece de habeas corpus impetrado contra decisão judicial passível de impugnação por recurso próprio.

- Muito embora entenda esse C. STJ que passível de compensação a agravante genérica da reincidência com a atenuante igualmente genérica da confissão espontânea, no caso em apreço, embora o juiz sentenciante tenha deixado consignado, por ocasião da dosimetria da pena, a não compensação entre a confissão e a reincidência, não procedeu ao aumento da reprimenda na segunda fase de sua dosimetria.

- Assim, não se afere prejuízo ao réu apto a ensejar a concessão excepcional da ordem de habeas corpus.

- Parecer pelo não conhecimento da ordem." (fl. 529).

É o relatório.

Decido.

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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a aplicação da atenuante da confissão espontânea e, por conseguinte, a fixação da reprimenda no mínimo legal.

Inicialmente, cumpre asseverar que 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 caso se trate 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).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

> *"Na segunda fase da dosimetria, presente a circunstância atenuante da confissão e a agravante da reincidência, o preclaro julgador considerou como preponderante esta última,* ***sem contudo, majorar a reprimenda do increpado****.*
>
> *Cumpre observar que é entendimento deste Relator, assim como da Colenda Câmara Julgadora, na esteira dos Tribunais Superiores, a compensação entre referida circunstâncias.*
>
> *[...]*
>
> ***No entanto, embora tenha o douto magistrado entendido que a agravante da reincidência prepondera sobre a circunstância atenuante da confissão, observo que a reprimenda não sofreu acréscimo na fase intermediária da aplicação da pena, o que foi benéfico ao réu****."* (fl. 395).

Sobre o tema, o STJ entende que, segundo a orientação sumular n. 545, a confissão espontânea do réu, desde que utilizada para fundamentar a condenação, sempre deve atenuar a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo.

Além disso, convém anotar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, realizado em 10/4/2013, 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"***, uma vez que são igualmente preponderantes.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL NA TERCEIRA FASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA/STJ 443. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Segundo entendimento firmado na Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, 'é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

3. Tratando-se de condenado 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, ainda que esta seja específica, como na hipótese dos autos.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.534.671/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 22/3/2017).

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E CONFISSÃO. ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*

I - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, consolidou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea também é circunstância preponderante, na segunda fase da aplicação da pena, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, uma vez que ambas envolvem a personalidade do agente.

*II - **É possível a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado, de acordo com o entendimento desta Corte Superior (precedentes)**.*

III - De todo modo, "[...] as instâncias ordinárias não declinaram qualquer circunstância específica que pudesse obstar a compensação pretendida" (HC n. 353.126/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/9/2016).

IV - O fato de o apenado haver sido detido em flagrante não impede a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. A respeito já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que 'a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante' (AgRg no HC n. 201.797/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 2/2/2015).

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 363.566/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/2/2017, grifei).

*"**HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). APELAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DA ADOTADA NA SENTENÇA. PENA INALTERADA.POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO QUALIFICADA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

4. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal - CP) ***deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), ainda que parcial ou qualificada, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes****. Súmula n. 545/STJ.*

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando-se a pena do paciente"* (HC n. 367.820/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 28/10/2016, grifei).

In casu, embora o magistrado sentenciante tenha considerado a reincidência preponderante, na segunda fase da dosimetria, não exasperou a reprimenda. De fato, ainda que não tenha sido declarado, na sentença de primeiro grau, confirmada pelo Tribunal de origem, operou-se os efeitos da compensação da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Desta feita, não se vislumbra nenhuma ilegalidade a ser reparada, pois o réu não sofreu nenhum prejuízo. Os efeitos jurídicos da compensação entre a confissão espontânea e a reincidência se operaram indubitavelmente no caso em análise.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator