

HABEAS CORPUS Nº 544.732 - RJ (2019/0336327-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
YONE CORTES DE CASTRO MANSO - RJ224265
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PABLO ALEX VICTOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de PABLO ALEX VICTOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0013796-25.2018.8.19.0066).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 562 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 57/85).

Irresignadas, as partes interpuseram recurso de apelação, tendo sido parcialmente provido apenas o apelo ministerial, para redimensionar as penas do paciente para 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, em regime fechado, e 655 dias-multa (e-STJ fls. 11/18), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Acusado condenado pela prática do crime previsto no artigo 33, caput da Lei 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado e pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias multa. A hipótese dá conta de que, no dia 03 de junho de 2018, no período da tarde, em via pública, na Avenida Miguel Couto Filho (Passarela da Roseira), bairro Roseira, nesta Comarca, o acusado trazia consigo 36,6g (trinta e seis gramas e seis decigramas) de "maconha", acondicionados em 19 (dezenove) pequenos tabletes envoltos por fina película plástica transparente, com as inscrições "C. V B. P MACONHA 10" e 23,6g (vinte e três aramas e seis decigramas) de cocaína, acondicionados em 40 (quarenta) invólucros plásticos transparentes, com as inscrições "C. V B. P PO DE 7" e o desenho de dois fuzis AK-47. Consta

dos autos que policiais militares receberam informe anônimo relatando que um indivíduo apelidado "Gaguinho", estaria traficando drogas em uma passarela de acesso ao bairro R oseira. Desta forma, os agentes seguiram para o local indicado no informe, onde se depararam com o acusado, que ostentava as mesmas características ora repassadas e ainda foi possível àqueles presenciarem o momento em que Pablo efetuou a venda de entorpecentes a dois usuários. Pretensão defensiva de minoração da pena base, além da isenção no pagamento das custas judiciais. Não cabimento. Pena base devidamente fixada, segundo os critérios previstos no artigo 59 do CP e artigo 42 da Lei dos Entorpecentes. Pagamento de custas, que é consectário legal da condenação, conforme previsão expressa do art. 804, do Código de Processo Penal. Competência do Juízo da Execução Penal para análise do pedido de gratuidade. Inteligência do verbete nº 74 da Súmula de Jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça. Pretensão ministerial de majoração da pena-base, além do reconhecimento da preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão. Parcial procedência. Preponderância da reincidência sobre a confissão. Critério previsto no artigo 67 do CP. Reajuste da pena na segunda fase da dosimetria. Não se conhece do prequestionamento almejado, uma vez que não houve qualquer tipo de violação a norma constitucional ou infraconstitucional. DESPROVIMENTO do recurso defensivo e PARCIAL PROVIMENTO do apelo ministerial, apenas para reconhecer a preponderância da reincidência sobre a confissão e redimensionar a pena para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias multa.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/10), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, em razão da ausência de compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Ao final, pede a concessão da ordem para que seja reduzida a pena.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas opina pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 90/95), nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE

ENTORPECENTES. COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO. POSSIBILIDADE.

1. O *habeas corpus*, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada.

2. Conforme decidido recentemente na Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento dos ERESP nº 1.154.752/RS, a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea.

3. Parecer pelo não conhecimento do writ.

Concessão da ordem de ofício.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Para a adequada delimitação da *quaestio*, colaciono o excerto do acórdão no qual a Corte local afastou a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência (e-STJ fl. 17)

[...]

Na segunda fase, a Sentença efetuou a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, o que gerou inconformismo ministerial, pleiteando a preponderância daquela sobre esta.

Conforme o disposto no artigo 67 do Código Penal, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, deve a pena se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Sendo assim, majoro a pena à fração de 1/6 (um sexto), chegando a 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e pagamento de 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias multa.

[...]

Com efeito, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a **atenuante da confissão espontânea** deve ser compensada com a **agravante da reincidência**, por serem igualmente preponderantes, notadamente, nos casos em que o reconhecimento da referida agravante se dá em função de uma única condenação definitiva anterior, como no caso.

Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

2. A culpabilidade como circunstância judicial é o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente, não se confundindo com a culpabilidade como elemento caracterizador do crime. Desse modo, afirmar vagamente, sem mencionar qualquer fato concreto, que houve atuação ativa na prática delituosa, não é fundamento idôneo para exasperar a pena-base.

3. No tocante às consequências do crime, alegar que "foram graves, haja vista ter ocorrido a restituição parcial dos bens subtraídos", não constitui motivação adequada para o aumento da pena, tendo em vista que o mal causado não transcendeu ao resultado típico do crime de roubo.

4. No que tange à apreciação negativa das circunstâncias do crime, o Juízo de primeira instância assentou que a infração foi cometida quando a "vítima [...] esperava o coletivo no início da manhã", o que, porém, não é circunstância apta a denotar a maior gravidade da conduta perpetrada.

5. No que se refere à segunda fase de aplicação da pena, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.341.370/MT, pacificou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são circunstâncias legais igualmente preponderantes, razão pela qual, na hipótese, é devida a compensação integral entre elas.

6. Ordem de habeas corpus concedida a fim de redimensionar a pena privativa de liberdade para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, na fração mínima. (HC 486.969/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 24/04/2019) - (grifei)

Portanto, na espécie, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira fase, mantenho a pena-base fixada na origem em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, e 562 dias-multa, a qual permanece inalterada na segunda etapa, em razão da compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Na terceira fase, a pena se torna definitiva em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, e 562 dias-multa, uma vez que ausentes causas de aumento ou de diminuição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ. Contudo, concedo a ordem *ex officio* para, compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, redimensionar a pena do paciente pela prática do crime de tráfico para **5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, e 562 dias-multa**, em regime inicial fechado.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator