

HABEAS CORPUS Nº 544.322 - SP (2019/0334562-2)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : RICARDO FAGUNDES GOUVEA - SP235162
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGERIO DA SILVA NUNES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ROGERIO DA SILVA NUNES contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no julgamento da Apelação n. 0002418- 95.2017.8.26.0136.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, às penas de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa (fls. 18-26).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"Ementa: Apelações da defesa Tráfico de entorpecentes e associação para esse delito Absoluções, na origem, quanto ao último crime Materialidade e autorias bem demonstradas no tocante ao tráfico Testemunho dos agentes policiais, sob o crivo do contraditório, ratificando a prova administrativa Desclassificação para uso pessoal Impossibilidade Finalidade mercantil Bases da corré no mínimo e do acusado exasperadas em 1/6, em razão dos maus antecedentes Confesso qualificado do último desprezado, diante da preponderância da recidiva Art. 67 do CP Precedentes do STF Causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas caracterizada Redução do § 4º do art. 33 da Lei Especial, aplicada à ré, que nem era cabível, diante das circunstâncias da conduta Acusação resignada

Pleito de substituição da pecuniária por outra restritiva de direito Impossibilidade Substitutiva prevista em lei Não cabe ao sentenciado escolher a restritiva e sim ao juiz Penas e regimes mantidos Jurisprudência Recurso desprovido" (fl. 28).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no reconhecimento da agravante da reincidência com base em título alcançado pela prescrição da pretensão punitiva, bem com a desconsideração da confissão por ter sido parcial e por suposta preponderância da reincidência.

Assevera, ainda, que a reincidência não existente na espécie teria que ser compensada com a atenuante, porque igualmente preponderante, caso existente.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja afastada a agravante da reincidência, fazendo incidir de forma plena a atenuante da confissão e, subsidiariamente, compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, caso esta seja mantida.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 51-53.

Informações prestadas às fls. 60-61.

O Ministério Público Federal, às fls. 77-80, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. Tráfico de entorpecentes. Alegação de recebimento da droga para consumo. O Paciente não logrou comprovar o referido consumo. Pedido de afastamento de reincidência. Impossibilidade. Reincidência caracterizada. Pedido de diminuição da pena por confissão espontânea. O Paciente não confessou o delito por que foi condenado. Decisão devidamente fundamentada. Parecer pelo não conhecimento e ultrapassada a preliminar, pela denegação do writ" (fl. 77).

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**.

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, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Destaco, para melhor delimitar a controvérsia, os **excertos** do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

“As bases de Rogério sofreram elevação de 1/6, em razão dos maus antecedentes (roubo - fl. 148), ficando em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. As de Sara permaneceram no linde inferior.

Na sequencia, deu-se nova majoração de 1/6 para Rogério, dada a reincidência (furto - fl. 243), atingindo-se 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

E o confesso desse réu era mesmo de ser desprezado, quer porque qualificado (negou a traficância), quer diante da recidiva, a preponderar sobre aquela, nos termos do art. 67 do Diploma Repressivo.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do Pretório Excelso:

[...]

Passo seguinte, houve outro aumento de 1/6, cometido que foi o delito no interior de estabelecimento prisional (art. 40, III, da Lei 11.343/06), chegando-se às finais de 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão e 793 dias-multa, diária mínima, para Rogério, e 05 anos e 10 meses e 583 dias-multa, para Sara.

Por fim, aplicou-se o privilégio do § 4º do art. 33, na fração de 2/3, sopesados os bons antecedentes e a primariedade da sentenciada, além da ausência de provas de que integrasse organização criminosa. Resultaram as finais de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, no piso" (fls. 33-35, grifei).

No que diz respeito à **agravante da reincidência**, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, *a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal extingue todos os efeitos da pena, primários ou secundários, motivo pelo qual a ação penal na qual tenha sido declarada não pode ser considerada para fins de aumento da pena a título de antecedentes ou reincidência* (AgRg no AREsp 1260328/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018). Nesse entendimento, ainda:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE QUATRO CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REINCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA RECIDIVA. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Quanto à segunda fase do procedimento dosimétrico, "segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a prescrição da pretensão punitiva extingue os efeitos da condenação, motivo pelo qual não caracteriza reincidência ou maus antecedentes" (HC 338.975/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 1º/12/2015).

6. Tendo em vista que a reincidência do acusado foi reconhecida com base em condenação penal em processo-crime no qual foi declarada a extinção da punibilidade pela prescrição

da pretensão punitiva, impõe-se o afastamento da majorante da recidiva, devendo, portanto, a pena ser consolidada em 5 anos e 4 meses de reclusão, à míngua de circunstâncias legais a serem sopesadas na terceira fase da dosimetria.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório (HC 415.675/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018, grifei).

No tocante a confissão do paciente, verifica-se dos trechos acima que foi utilizada pelas instâncias ordinárias para fundamentar o édito condenatório.

Oportuno ressaltar, sobre o tema, que 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.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Conforme entendimento firmado na Súmula n. 545/STJ, a confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação (Precedente). [...]

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, resultando a pena do paciente em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais o pagamento de 680 dias-multa, mantido o regime inicial fechado" (HC 407.759/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 22/11/2017, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORAS DO CONCURSO DE AGENTES E DE USO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO DA PENA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONCURSO FORMAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO - QUANTIDADE DE INFRAÇÕES. [...]"

2. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação, como no caso.

3. No julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a Terceira Seção deste Tribunal firmou orientação de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência" (REsp n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantidos os demais termos da condenação, reduzir a pena imposta ao paciente" (HC 291.237/SP, **Quinta turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe 2/2/2015, grifei).

Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula n. 545/STJ: "*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*".

Desse modo, evidenciada flagrante ilegalidade, o reconhecimento da

referida circunstância atenuante e a exclusão da agravante da reincidência são medidas que se impõem.

Passo ao redimensionamento da pena:

Na primeira fase, mantenho o aumento operado pelas instâncias ordinárias para fixar a pena-base acima do mínimo legal em 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão dos maus antecedentes ostentados pelo paciente.

Na segunda etapa, afasto a reincidência e reduzo a pena para o patamar mínimo legal de 5 anos de reclusão, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão.

No último estágio, apresenta a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06 e ausente causa de diminuição, preservo a fração de 1/6 (um sexto), para fixar a pena definitiva em **5 anos e 10 meses de reclusão**, mais pagamento de **583 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para excluir a reincidência e reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea, redimensionando a reprimenda do paciente para **5 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 583 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator