HABEAS CORPUS Nº 537.469 - SP (2019/0297977-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SILVERIO CORREA MILAGRE (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **SILVERIO CORREA MILAGRE**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *habeas corpus,* alega o impetrante que a confissão do acusado, ainda que parcial ou retratada, é igualmente preponderante à agravante de reincidência, devendo haver a compensação integral entre elas.

Sustenta ser cabível o regime mais brando, se descontado da sanção o período em que esteve preso preventivamente, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP.

Requer, assim, a compensação integral entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência e a readequação do modo prisional.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 62).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 69-70 e 112-113).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem para reconhecer a atenuante de confissão espontânea e compensá-la com a agravante de reincidência (e-STJ, fls. 147-150).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve afastada a incidência da atenuante de confissão espontânea pelos seguintes fundamentos:

> "Passo, então, à análise da dosimetria das penas.
> Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, a Magistrada a quo fixou as penas bases no mínimo legal, em 05 anos de reclusão

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9E39DFBE-18BC-45D4-9E23-682370076888

> e 500 dias-multa, diária mínima, porquanto, reputaram-se ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.
> Na segunda fase, presente a agravante genérica da reincidência (fls. 122/124 processo 0036175-16.1994.8.26.0224 roubo majorado e associação criminosa), as penas foram majoradas em 1/6, obtendo-se, 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso.
> Acrescente-se ser despicienda, na espécie, a apresentação de certidão de objeto e pé dos referidos processos, uma vez que a certidão de distribuição criminal, colacionada aos autos e também portadora de fé pública, menciona todas as circunstâncias da condenação, a justificar majorações pelos maus antecedentes e reincidência. Nesse sentido a recente Súmula 636 do STJ, a prever: 'A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.'.
> Outrossim, não há que se falar em compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (não reproduzida em juízo), como quer a defesa, ressaltando o disposto no artigo 67 do Código Penal, a prever a preponderância da reincidência.
> Essa a orientação predominante (HC nº 105.543/MS, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 29.4.2014; AI no RE nº 873.289/DF, rel. Minª. Carmem Lúcia, DJ 13.3.2015; HC nº 108.391/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 24.4.2012; AgReg no AREsp nº 1.307.157/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. em 21.8.2018; AgReg no HC nº 445.295/SC, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 14.8.2018).
> A confissão espontânea, ato posterior o cometimento do crime, difere do arrependimento e não tem qualquer relação com ele, mas apenas com o interesse pessoal e conveniência do réu durante o procedimento penal (HC nº 105.543/MS, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 29.4.2014; AI no RE nº 873.289/DF, rel. Minª. Carmem Lúcia, DJ 13.3.2015). Nem se olvidando que foi o réu, no caso, preso em flagrante e as circunstâncias de sua prisão evidenciaram a autoria delitiva; a admissão dos fatos, então, não deveria socorrê-lo, estando a sua razão em o acusado colaborar com a Justiça na elucidação da verdade real, como já se decidiu.
> [...]
> Ademais, aplicável, aqui a recentíssima Súmula 630 do STJ, a prever: 'A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.'." (e-STJ, fls. 53-55)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 545, de que a confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9E39DFBE-18BC-45D4-9E23-682370076888

juízo, se utilizada para fundamentar a condenação (AgRg no REsp 1.643.268/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017).

Observa-se, portanto, que, na esteira da jurisprudência desta Corte, ainda que parcial ou que tenha o paciente se retratado em juízo, utilizada a confissão extrajudicial para subsidiar o édito condenatório é de rigor a incidência da atenuante do art. 65, III, "d", do CP.

No caso, observa-se que o Tribunal *a quo* deixou de reconhecer a atenuante, pois, além do paciente ter se retratado em Juízo, a admissão dos fatos após o flagrante não tem o condão de socorrê-lo, destacando ainda que a reincidência é preponderante à confissão, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Entretanto, da análise atenta do acórdão impugnado, observa-se que o paciente, ao ser ouvido na delegacia, admitiu que estava traficando por está passando dificuldades financeiras extremas, que ganharia R$ 30,00 por dia e revendia cada porção de entorpecente por R$ 10,00, tendo tal depoimento sido utilizado para manter a sua condenação pelo tráfico de entorpecentes (e-STJ, fls. 49-53). Desse modo, impõe-se o reconhecimento da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal.

Convém anotar, também, 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.

Na hipótese, verifica-se que o paciente contava apenas com uma condenação transitada em julgado por roubo majorado e associação criminosa (e-STJ, fl. 54), sendo devida, portanto, a compensação integral da atenuante de confissão espontânea com a agravante da reincidência.

No mesmo sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO EM CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DOCUMENTO ESSENCIAL À COMPROVAÇÃO DA ALEGAÇÃO DA IMPETRANTE NÃO JUNTADO NO MANDAMUS. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA OU NÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9E39DFBE-18BC-45D4-9E23-682370076888

verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
2. O refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar, de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.
[...]
5. 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), ainda que específica, deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do CP), desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório e houver apenas uma condenação anterior transitada em julgado, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.
[...]
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 9 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 60 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado."
(HC 501.100/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 25/6/2019);

"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 363.566/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 1º/2/2017).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9E39DFBE-18BC-45D4-9E23-682370076888

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Na primeira etapa, diante da ausência de circunstâncias judicias desfavoráveis, a pena-base foi fixada em 5 anos de reclusão mais pagamento de 500 dias-multa, a qual torno definitiva, ante a compensação integral entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, na segunda etapa, e a inexistência de outras causas modificadoras da pena.

Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e considerando a reincidência do paciente, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I e II, do Código Penal).

Por fim, no que se refere à detração penal, razão assiste ao impetrante. O desconto da pena foi afastado na origem nos seguintes termos:

> "Outrossim, deixo também de aplicar a regra da detração, prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.736, de 2012, para fins de fixação de regime, pois, nesse momento, não há elementos para avaliar os requisitos necessários à eventual progressão de regime, e, também, porque o Juiz das execuções penais ainda é competente para decidir sobre essa questão, nos termos do artigo 66 da Lei de Execução Penal" (e-STJ, fl. 58).

Ocorre que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, refere-se ao regime de cumprimento inicial de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o Juiz sentenciante verificar, no momento oportuno da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando de acordo com a detração no caso concreto, não havendo que se falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos.

Desse modo, impõe-se o afastamento do constrangimento ilegal verificado, determinando-se ao Tribunal de origem que verifique a possibilidade de fixação de regime mais brando pelo desconto do período em que o paciente permaneceu preso provisoriamente.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL NÃO COMBATIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. DOSIMETRIA REFORMADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA. CORTE DE ORIGEM. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.
> 1. Verificado que o agravante deixou de impugnar os fundamentos da inadmissão do recurso especial, incide o enunciado sumular n. 182 do STJ.
> 2. Incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9E39DFBE-18BC-45D4-9E23-682370076888

> Lei de Execuções Penais" (HC n. 321.808/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/6/2015)
> 3. Considerando que o Tribunal de origem alterou a sentença condenatória no tocante à dosimetria da reprimenda, cabe a ele a análise do instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, mormente, porque esta Corte Superior não possui informações precisas acerca de quanto tempo o acusado efetivamente esteve preso provisoriamente.
> 4. Agravo regimental não provido. Habeas Corpus concedido, de ofício, para determinar que a Corte estadual aplique o instituto da detração em favor do recorrente, fixando-lhe o regime de cumprimento de pena que entender adequado.
> (AgRg no AREsp 1021073/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/9/2017, DJe 2/10/2017).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus.* Contudo, **concedo** a ordem de ofício, a fim compensar integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante da reincidência, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Determino, ainda, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reavalie o regime de cumprimento inicial de pena à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9E39DFBE-18BC-45D4-9E23-682370076888