

HABEAS CORPUS Nº 561.342 - SP (2020/0033903-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO LIMA DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de decisão, assim ementada (fls. 35):

APELAÇÃO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES APELO DEFENSIVO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS RECURSO MINISTERIAL DOSIMETRIA PENAL DE RIGOR A EXASPERAÇÃO DAS PENAS RÉU POSSUI ANTECEDENTE E É MULTIREINCIDENTE - REGIME FECHADO ADEQUADO APELO DEFENSIVO IMPROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06.

Ato seguinte, a defesa e o Ministério Público interuseram recursos de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento ao pleito defensivo e proveu o ministerial para alterar a reprimenda a 9 anos e 16 dias de reclusão, mais 906 dias-multa.

No presente *habeas corpus*, alega a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que não seria devido o aumento da pena-base, pela consideração negativa dos antecedentes, com fundamento em condenações transitadas em julgado em 2008, com extinção da pena em 2009, por já terem sido atingidas pelo período depurador.

Afirma que seria devido o reconhecimento do instituto da confissão espontânea com a compensação integral com a agravante da reincidência. Subsidiariamente, afirma que a pena intermediária não deveria ter sido exasperada em 1/3 pela reincidência, mas sim em 1/6.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a reprimenda.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pelo

não conhecimento do *habeas corpus* mas pela sua concessão parcial, de ofício.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, requer a Impetrante redução da pena-base aplicada ao paciente, sob o argumento que as condenações anteriores, consideradas como maus antecedentes, já teriam passado pelo período depurador de 5 anos previsto no art. 64, I do Código Penal, bem como compensação da confissão espontânea com a reincidência. Subsidiariamente, requer que a pena intermediária não seja exasperada em 1/3, mas sim em 1/6 em razão da reincidência.

Sobre a dosimetria, extrai-se do acórdão (fls. 39-41):

[...].No que se refere à dosimetria das penas aplicadas, a r. sentença recorrida merece reparo.

As penas-base, que foram fixadas nos mínimos legais, devem ser exasperadas em 1/6 (um sexto), em razão da existência de antecedente criminal (fls. 69, 77/78 e 103 - Execução 1 - tráfico privilegiado - extinta pelo cumprimento em 10/08/2009) (5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa).

O acusado conta com condenação anterior definitiva pela prática do crime de tráfico privilegiado, cuja pena foi extinta pelo cumprimento em 14/08/2009, circunstância que, como bem anotado nas razões recursais da acusação, autoriza a majoração das penas-base (art. 64, I, CP).

Impõe-se, a seguir, a majoração das penas em razão da circunstância agravante da reincidência.

O acusado ostenta três condenações definitivas não atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Cód. Penal (Procs. 7833/2009 (roubo); 19883/2007 (furto qualificado) e 0076891-87.2015 (roubo agravado) - fls. 69/70 e 103/104).

Portanto, como bem anotado pelo D. Representante Ministerial, o índice de exasperação compatível com a quantidade de condenações que o réu possui, tendo em vista, ainda, que duas delas decorrem de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, deve ser superior ao mínimo legal e ora é fixado em 1/3 (um terço) (7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa).

O réu não faz jus ao reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, pois permaneceu em silêncio na fase inquisitorial e, em juízo, negou a prática do crime, bem como que sua confissão informal, no presente caso, diante do panorama probatório, não se apresentou como necessária para a formação do convencimento do julgador.

A seguir, houve a exasperação das penas em 1/6 (um sexto), em razão da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, cujo reconhecimento encontra seguro apoio nos autos.

Portanto, as penas do réu passam a perfazer 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 906 (novecentos e seis dias-multa), à razão mínima ao dia-multa.

O acusado, reincidente, não faz jus à redução de suas penas, com fundamento no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

O regime prisional fixado como inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o fechado, é o compatível com as circunstâncias da prática ilícita em tela, com o quantum da pena aplicada, bem como com as condições pessoais desfavoráveis do sentenciado.

Face ao exposto, meu voto nega provimento ao recurso defensivo e dá provimento ao apelo ministerial para majorar as penas do acusado Adriano Lima de Souza para 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 906 (novecentos e seis dias-multa), à razão mínima ao dia-multa.[...].

No mesmo ponto, a sentença condenatória (fls. 30-33):

[...].Demonstradas, portanto, a materialidade e a autoria do delito imputado ao réu, passo à dosimetria das penas a lhe serem aplicadas.

Atento às diretrizes previstas no art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias- multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase da dosimetria penal, a agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP) - caracterizada na espécie pelas 3 (três) anteriores condenações definitivas que o réu ostenta por crimes de furto e roubo (cf. certidão cartorária de fls. 103/106) - é compensada pela presença da atenuante genérica da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea "d", do mesmo codex), mantendo-se as penas, pois, em seu patamar mínimo legal.

[...].

Frise-se, ainda, que a atenuante da confissão espontânea é considerada na hipótese em exame em observância ao entendimento consagrado na Súmula 545 do Colendo STJ, que dispõe, in verbis:

[...].

Por fim, na derradeira fase do procedimento trifásico, descabe falar-se na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (privilégio), pois, como mencionado, o acusado não ostenta a necessária primariedade.

Todavia, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 - cometimento da infração nas imediações de estabelecimento prisional -, elevo as reprimendas em 1/6 (um sexto), totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Torno as reprimendas, pois, definitivas, diante da ausência de outras causas ou circunstâncias modificadoras.

[...].

No caso em exame, todavia, considerada sobretudo a já apontada multirreincidência do imputado (que ostenta outras três condenações definitivas por crimes de furto e roubo) e a sua acentuada periculosidade, bem assim o quantum da reprimenda aplicada (superior a quatro anos de reclusão), a substituição de penas revela-se incabível, e a pena carcerária ora imposta será por ele cumprida inicialmente em regime prisional fechado.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a acusação e CONDENO o réu ADRIANO LIMA DE SOUZA à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses

de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. 33, caput, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.[...].

Em regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Em que pese a alegação defensiva de que os maus antecedentes devem ser desconsiderados, ante o fato das condenações anteriores terem sido extintas pela passagem de mais de 5 anos, não assiste razão ao impetrante, porquanto, não obstante a anotação criminal pretérita já tenha sido atingida pelo período depurador previsto no art. 64 do Código Penal, esta Corte Superior entende ser possível sua utilização para caracterizar os antecedentes e justificar o incremento da sanção inicial. Nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUMENTO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal - CP, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

2. A defesa não trouxe argumentos hábeis o suficiente para a modificação do julgado, o qual mantém-se por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 512.423/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019)

Sobre o pedido de reconhecimento da atenuante de confissão espontânea e sua igual preponderância com a agravante da reincidência, destaca-se o seguinte trecho da sentença (fl. 25):

[...].Cumpre desde logo assentar que, apesar de não ter havido a admissão da prática ilícita na fase inquisitiva nem em juízo, houve na espécie, como visto, a confissão informal do réu aos policiais militares que atuaram na ocorrência.

Ora, a confissão informal não é elemento de convicção desprezível, eis que vigora, no processo penal brasileiro, o princípio do livre convencimento

motivado ou da persuasão racional (Guilherme de Souza Nucci, em "Código de Processo Penal Comentado", 9ª ed., Ed. RT, p. 344).

Assim, não há um valor específico para cada prova produzida no processo, devendo prevalecer o convencimento do Juiz, porém de forma motivada.

Destarte, embora a confissão informal não tenha a relevância probatória de uma confissão externada em juízo, não pode, por outro lado, ser desprezada.

No caso em exame, estando a confissão informal amparada pela apreensão de razoável quantidade de drogas dispensada pelo acusado, de rigor atribuir-lhe valor probatório. Confira-se:[...].

O Tribunal de origem, por sua vez, não reconheceu a circunstância da confissão ao réu *pois permaneceu em silêncio na fase inquisitorial e, em juízo, negou a prática do crime, bem como que sua confissão informal, no presente caso, diante do panorama probatório, não se apresentou como necessária para a formação do convencimento do julgador* (fl. 40).

Da leitura dos excertos acima transcritos, em que pese o afirmado no acórdão, constata-se que o paciente reconheceu expressamente a traficância, o que foi sopeasado pelo Juízo *a quo* para a formação de seu convencimento, devendo ser aplicada a atenuante de confissão espontânea.

Cumpre salientar, no ponto, que, para o crime de tráfico, diante das especificidades dessa prática delitiva, exige-se a confissão específica da traficância, para fins de reconhecimento da atenuante, nos termos da Súmula 630/STJ, *in verbis*: *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*, o que se verifica na hipótese em exame.

Por outro lado, esta Corte possui o entendimento de que, a depender das circunstâncias concretas do caso, a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência poderá ocorrer de forma parcial.

Na espécie, as instâncias ordinárias apontaram para o fato de ser o paciente multirreincidente, o que é considerado por esta Corte como óbice suficiente e válido a impedir a integral compensação entre a agravante e a atenuante. Neste sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - 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.

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 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).

III - A jurisprudência desta Corte atua no sentido de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, não havendo que se falar em preponderância da primeira.

IV - Na hipótese, é inviável a compensação integral com a agravante, considerando que o paciente é efetivamente multirreincidente. Com efeito, em se tratando de agente que ostenta mais de uma sentença configuradora de reincidência, a compensação deve ser parcial. Assim, demonstrada a multirreincidência, o paciente faz jus à compensação parcial, de forma que nenhuma censura merece o quantum estabelecido pela r. sentença condenatória, mantida pelo v. acórdão impugnado, que se mostra proporcional.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 471.436/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018).

Desta feita, reconhecida a confissão do paciente, deve ser realizada alteração no *quantum* de pena estipulado pelo acórdão impugnado, uma vez que sendo 3 condenações, compensando-se uma delas com a confissão espontânea, ainda resta um aumento de 1/6 pelas demais, o que fixo ao caso.

Passa-se, assim, à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, considerando os antecedentes criminais do paciente, exaspero a pena-base do paciente em 1/6, nos mesmos moldes que realizou a Corte estadual, fixando-a em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na segunda fase, considerando-se a compensação parcial da confissão espontânea com a reincidência, exaspero a pena-base em 1/6, elevando-a para 6 anos, 9 meses e 20 dias e 680 dias-multa. Na derradeira fase, não havendo majorantes ou minorantes, permanece a pena estipulada nas fases anteriores, a qual torno definitiva em 6 anos, 9 meses e 20 dias e 680 dias-multa, em regime inicial fechado, considerando que o paciente é multireincidente, possuindo três condenações transitadas em julgado por furto e roubo e sua exacerbada periculosidade, bem assim o total da pena aplicada, superior a quatro anos de reclusão.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reduzir a sanção aplicada ao réu à 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator