



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.894 - SP (2014/0073519-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO TOTAL. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Consoante recente alteração jurisprudencial desta Corte, a confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. *In casu*, o Paciente confessou a prática do crime de tráfico de drogas e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (coaçoão moral), impõe-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. Tratando-se, no entanto, de Paciente que possui dupla reincidência, não é possível promover a compensação total entre a confissão e a reincidência, pois se mostra circunstância mais reprovável do que a dispensada a quem seja reincidente em razão de um único evento delituoso, em respeito aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade. Precedente.

6. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para redimensionar a pena do Paciente, nos termos explicitados no voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.894 - SP (2014/0073519-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de REGINALDO DA SILVA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0029035-27.2011.8.26.0161).

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Foram interpostos recursos de apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, restando desprovido o recurso defensivo e provido o apelo ministerial, para aumentar a reprimenda para 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e 770 dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

No presente recurso, alega-se, em síntese, que deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea e compensada com a agravante da reincidência.

Requer-se, por isso, liminarmente e no mérito, a diminuição da pena.

Indeferi o pedido liminar às fls. 91/92.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 100/131, com a juntada de documentos pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 135/138, opinando pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão de *habeas corpus* de ofício, para que seja reconhecida a atenuante da confissão e compensada com a agravante da reincidência.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.894 - SP (2014/0073519-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO TOTAL. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Consoante recente alteração jurisprudencial desta Corte, a confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. *In casu*, o Paciente confessou a prática do crime de tráfico de drogas e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (coação moral), impõe-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. Tratando-se, no entanto, de Paciente que possui dupla reincidência, não é possível promover a compensação total entre a confissão e a reincidência, pois se mostra circunstância mais reprovável do que a dispensada a quem seja reincidente em razão de um único evento delituoso, em respeito aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade. Precedente.

6. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para redimensionar a pena do Paciente, nos termos explicitados no voto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

“Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS.” (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o Paciente foi condenado às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque preso com 175 invólucros de *crack*, 77 de maconha e 45 de cocaína.

Foram interpostos recursos de apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, restando desprovido o recurso defensivo e provido o apelo ministerial, para aumentar a reprimenda para 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e 770 dias-multa. O Tribunal, no referido julgamento, afastou o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e aumentou a pena em razão da dupla reincidência do Paciente, nos seguintes termos:

"[...]

No tocante à reincidência, de acordo com o art. 61, I, do Código Penal, ela é circunstância que sempre agrava a pena, não se vislumbrando erro ou injustiça no seu reconhecimento, porque há maior censurabilidade na conduta do agente recalcitrante.

Também não se vislumbra inconstitucionalidade no aumento das penas pela reincidência, que, na sequência, serve para impedir a aplicação da redução prevista no § 4º, do art. 33.

As finalidades são diversas. O aumento das penas, na segunda fase do processo dosimétrico, decorre da recalcitrância do acusado, cuja condenação anterior não logrou conter seu impulso criminoso. De outro lado, a reincidência, por revelar dedicação ao cometimento de crimes, retira do agente o benefício da redução especial de penas, nos termos do § 4º, que se destina ao traficante ocasional e que não faça do crime meio de vida. São objetivos diversos, que devem ser, ambos, considerados, sem que daí decorra violação à norma constitucional.

No que se refere à confissão espontânea, tenho que assiste razão à combativa Promotora de Justiça. O réu chegou a admitir parcialmente a imputação, justificando a sua conduta porque teria sido ameaçado, procurando beneficiar-se com a excludente da coação moral irresistível. Por outro lado, essa confissão parcial e qualificada não serviu como base exclusiva para amparar o decreto condenatório. Portanto, não é caso de incidência da respectiva atenuante.

Doso as penas.

*Na primeira fase, ante a quantidade e natureza da droga apreendida, majoro as básicas em um sexto. Na segunda fase, **verifico que o réu é duplamente reincidente, condenações por crimes de mais alta gravidade, conforme certidões de fls. 22 e 23, do 2º apenso, razão pela qual aumento as penas de um terço.** Na terceira etapa, não há causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas. Assim, as penas resultam definitivas de 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, e 177 dias-multa, no valor unitário mínimo." (Fls. 74/76, sem grifos no original.)*

Pois bem. Como se vê, o ora Paciente tentou se eximir da responsabilidade criminal, ao afirmar ter agido em razão de coação moral irresistível. Houve, portanto, a chamada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes.

Esta Corte vinha entendendo que a confissão qualificada não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal (AgRg no REsp 1164689/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012; REsp 1248219/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012; HC 65.038/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 05/11/2007).

Não obstante, em recentes julgados, tem prevalecido a orientação de que a atenuante da confissão deve ser aplicada ainda que se trate de confissão qualificada, especialmente se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO INSTRUMENTO PROCESSUAL PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO QUALIFICADA. POSSIBILIDADE. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A invocação de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade não obsta o reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea de que cuida o art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, os termos da condenação." (HC 285.416/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 26/03/2014, sem grifos no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO DOLOSO TENTADO. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. RECENTE POSICIONAMENTO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Recente jurisprudência desta Corte passou a adotar o posicionamento no sentido de que, mesmo ficando configurada a confissão na modalidade qualificada, é cabível o reconhecimento da incidência da atenuante da confissão prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1384067/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 12/02/2014, sem grifos no original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 'CONFISSÃO QUALIFICADA' USADA PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. ADESÃO AO NOVO ENTENDIMENTO. AGRAVO PROVIDO.

1. Embora não se desconheça o entendimento até então manifestado por esta Corte Superior de Justiça em inúmeros julgados, no sentido de que 'A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal' (HC 211.667/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013), após detido reexame do tema, conclui-se de modo diverso.

2. Colhe-se dos autos que a agravante confessou a prática do crime 'ainda que evasiva de arrependimento e com possível intenção de eximir-se da culpa'. Nesse viés, verifica-se que a confissão serviu para a comprovação da autoria, bem como embasar o decreto condenatório. Em hipóteses tais, o reconhecimento da atenuante se impõe. Vale dizer, **se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.**

3. Com efeito, tal entendimento deve se estender para as hipóteses da chamada 'confissão qualificada'. Em outras palavras, a invocação de teses defensivas excludentes ou descriminantes não pode obstar a incidência da atenuante da confissão quando ela é utilizada para embasar o próprio decreto condenatório.

4. A propósito: 'É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que a invocação de excludente de ilicitude não obsta a incidência da atenuante da confissão espontânea' (AgRg no AREsp 210.246/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2013).

5. No mesmo sentido: 'A invocação de causa excludente de ilicitude



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não obsta reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea.' (AgRg no Ag 1242578/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 14/11/2012)

6. *Agravo regimental provido para negar provimento ao Agravo de Instrumento do Ministério Público, mantendo a pena nos exatos termos como fixada pelo Tribunal de piso, ou seja, com a incidência da atenuante da confissão (art. 65, II, d, do Código Penal).*" (AgRg no Ag 1410103/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 21/11/2013, sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONFISSÃO. ADMISSÃO DOS FATOS. UTILIZAÇÃO NA CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CABIMENTO.

1. Admitida a prática delituosa pelo acusado e utilizada para embasar a condenação, não exclui a aplicação da atenuante da confissão espontânea a circunstância de a confissão vir acompanhada da alegação de ter agido amparado por excludente de culpabilidade, no caso, a coação moral irresistível.

2. *Nos termos do entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção, é cabível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.*

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no REsp 1376126/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 20/02/2014, sem grifos no original.)

In casu, o Paciente confessou a prática do crime de tráfico de drogas e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (coação moral), impõe-se a aplicação da atenuante.

De outro lado, quanto ao pleito de total compensação da confissão com a reincidência, não assiste razão à Impetrante.

Como se sabe, a Terceira Seção desta Corte Superior, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

Confira-se, por oportuno, o teor do Informativo n.º 498, *in verbis*:

"REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação. EREsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012."

Não obstante, observa-se que, no caso, o Paciente possui duas condenações definitivas, com trânsito em julgado anterior ao cometimento do delito em exame.

A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte é no sentido de que a multireincidência exige maior reprovação do que a dispensada a quem seja reincidente em razão de um único evento delituoso, em respeito aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade.

Assim, a pena imposta deve considerar a preponderância da multireincidência sobre a confissão.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL E EXATA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVADO MULTIREINCIDENTE. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. REGIMENTAL PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.154.752/RS, assentou a orientação no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

2. A compensação da confissão espontânea e da reincidência, contudo, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

3. No caso, é impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, pois, apesar da valoração da confissão do agravado na sentença, sua condição de multireincidente exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um único e isolado evento em sua vida.

4. Equiparar o acusado reincidente ao multireincidente, de forma simplista, seria violar o princípio constitucional da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, bem como o princípio da proporcionalidade que elege, dentre os seus muitos parâmetros, a necessidade de preponderância da agravante de multireincidência sobre a atenuante da confissão, na busca da almejada pena justa.

5. Agravo regimental provido" (AgRg no REsp 1356527/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, portanto, a redimensionar a sanção.

Na primeira etapa da reprimenda, a pena-base será mantida acima do mínimo legal, nos termos em que fixada pelo Tribunal de origem, e não questionados nestes autos, em **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão e, em razão da existência de duas condenações com trânsito em julgado, não a compenso integralmente com a agravante da reincidência, mas aumento a pena em apenas 1/6 (patamar bastante inferior ao aplicado na origem, de 1/3). A pena intermediária perfaz, portanto, **06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multa**.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, restando fixada **a pena definitiva em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multa, à razão estabelecida na sentença**.

Finalmente, mantenho o regime fechado para início de cumprimento da pena, em razão do *quantum* da pena, da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência do Paciente.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*. Porém, CONCEDO ordem de *habeas corpus*, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do Paciente, nos termos explicitados no voto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0073519-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 291.894 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00290352720118260161 1610120110290357 16532011 20140000037084
290352720118260161

EM MESA

JULGADO: 07/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.