



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Registro: 2017.0000996768

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0000884-54.2015.8.26.0244, da Comarca de Iguape, em que é apelante LEONIDAS RODRIGUES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e afastamento - de ofício - da agravante da reincidência, reduzir as penas a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no mínimo patamar unitário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

OTAVIO ROCHA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

VOTO nº 7306

Apelação nº 0000884-54.2015.8.26.0244

Comarca: IGUAPE

Apelante: LEONIDAS RODRIGUES DA SILVA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

Tráfico de entorpecentes – Recurso defensivo – Pedido de absolvição ou de desclassificação da conduta imputada ao sentenciado para a prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas – Pedido subsidiário de reconhecimento da confissão espontânea e aplicação da causa especial de diminuição prevista pelo artigo 33 § 4º da referida Lei. Recurso parcialmente provido, com atenuação das reprimendas em face da “confissão espontânea”.

Inconformado com a decisão proferida pelo i. Juiz da 2ª. Vara Criminal da Comarca de Iguape às fls. 119/124, por meio da qual foi condenado pela prática do delito do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias-multa, contra ela se insurgiu o sentenciado supramencionado à fl. 137, arrazoando o recurso o seu i. Advogado às fls. 138/139.

O i. Advogado pleiteia a absolvição, invocando a insuficiência probatória. Pugna ainda, subsidiariamente, pela desclassificação da conduta imputada ao acusado para a prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas; o reconhecimento da confissão espontânea; e, por fim, a aplicação da causa especial de diminuição prevista pelo artigo 33 § 4º da referida Lei.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 162/164), a E. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Em que pese o inconformismo do sentenciado, é fácil afirmar-se, após o exame do processado, que a solução adotada na sentença recorrida era a única possível ante a abundância de elementos de convicção a ele desfavoráveis.

LEONIDAS, em solo policial, permaneceu em silêncio. Em juízo, afirmou que “(...) *foi ao local comprar droga para seu uso. Lá chegando, um rapaz ofereceu 10 (dez) pinos de cocaína para levar uma sacola com drogas para um indivíduo de nome Miguel, que estaria esperando em um ponto de ônibus. Durante o trajeto, ao ver uma viatura, ficou com medo, largou a bolsa e saiu correndo. Afirma que não visava lucro, e sim obter um valor para comprar mais drogas, vez que era dependente.*” (cf. r. sentença à fl. 120).

Os policiais militares que efetuaram sua prisão, Reginaldo Rodrigues Pereira e Filipe de Carlo, disseram que “(...) *estavam a procura de um indivíduo que teria praticado um roubo em um banco. Avistaram o acusado que trajava roupas parecidas com a descrição*

dada. Assim que deram ordem de parada, o acusado largou sua bicicleta, jogou no chão uma sacola deixada pelo acusado, encontraram as drogas indicadas no auto de exibição e apreensão. Na Delegacia, o acusado confessou que estava levando drogas para um indivíduo que o esperaria em um ponto de ônibus (...)" (cf. r. sentença às fls. 120/121).

A defesa não trouxe aos autos qualquer elemento de convicção capaz de contrapor-se às provas que incriminam o acusado.

Por outro lado, nada emergiu dos autos que indicasse dos mencionados policiais ânimo de falsa incriminação, o que conduz a conclusão de que não cabia negar valor probatório a seus depoimentos.

De fato, sobre o valor do depoimento das testemunhas pertencentes às corporações de segurança pública têm os Tribunais Superiores do país se manifestado repetidamente no seguinte sentido:

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento" (STF, HC 76.557-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 04/08/1998)

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos." (STF, HC 74.608-0, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 18.2.97, D.O.U. de 11.04.97, p. 12.189; e, no mesmo sentido: HC 73518, Relator Min. Celso de Mello, j. 26/03/1996, p. 293)

"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes.3. Habeas corpus não conhecido." (STJ, HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014)

"É válido como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no AREsp 234.674/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/05/2014, DJe 06/06/2014)

E não aproveita ao sentenciado a alegação de que não pretendia comercializar as drogas com ele apreendidas, mas, apenas, entregá-las a um terceiro, com o propósito de obter como pagamento algumas porções para seu próprio consumo. Afinal, tratando-se o tipo penal do artigo 33 da Lei 11.343/06 daqueles que a doutrina classifica como de “múltipla ação” (ou “conteúdo variado”), por abarcar condutas-núcleos diversas, o só fato de que o sentenciado estivesse “transportando” entorpecentes a favor de terceiro, com plena ciência de que as porções transportadas se destinavam a comercialização/utilização por terceiros, era suficiente para caracterizar a violação à proibição contida no tipo, sujeitando-se, em consequência, às penas correspondentes.

Ademais, a circunstância de ser LEONIDAS usuário da droga, como alegado em seu interrogatório, não implica o automático afastamento de sua responsabilidade pelo tráfico, conforme já ficou amplamente decidido pelos tribunais, inclusive o *Pretório Excelso*:

TÓXICOS - TRÁFICO - LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO E DE CONSTATAÇÃO DEFINITIVO: PERITO ÚNICO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA QUE NÃO AFASTA POR SI SÓ A TRAFICÂNCIA - DOSIMETRIA DA PENA: RÉU PRIMÁRIO - CONFISSÃO - QUANTIDADE DO ENTORPECENTE - DECISÃO BEM FUNDAMENTADA. "(...) 4. A circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente da droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecente, mormente quando comprovada a sua condição de traficante e a considerável quantidade com ele apreendida: cerca de cinco quilos de cocaína. (STF - 2ª T.- HC nº73.197-0/GO - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJU 22/11/96, págs. 45.687-45.688).

Inatendíveis, portanto, os pleitos absolutório e *desclassificatório*.
As penas, contudo, comportam reparo.

Na primeira fase, nenhuma alteração a ser feita, mantendo-se o aumento de pena na fração de 1/5 em razão dos maus antecedentes do sentenciado, verificados a partir da demonstração nos autos de três

condenações anteriores.

Como se observa da decisão condenatória (fl. 123), o i. Julgador de Primeiro Grau, ao estabelecer a fração de acréscimo de 1/5 sobre os mínimos montantes de penas previstos no preceito secundário do tipo violado, fez expressa alusão a que “*o réu possui antecedentes criminais, demonstrando personalidade voltada a prática delitiva*”.

Como sabido, é o juiz da causa a autoridade que maior proximidade mantém com os acusados, vítimas e testemunhas do fato, assim como o ambiente em que o crime é praticado, reunindo, portanto, melhores condições para avaliar o peso de cada uma das circunstâncias judiciais no caso concreto, de modo a estabelecer, de acordo com essa avaliação, a quantidade de pena necessária para bem distribuir a Justiça Criminal.

Daí porque, sem olvidar que o ato de apelar opera a *devolução* ao Segundo Grau de jurisdição de todas as questões debatidas no juízo originário¹, sempre que não é visível qualquer traço de teratologia, injustiça ou ofensa aos princípios constitucionais da *proporcionalidade* e da *dignidade da pessoa humana*, deve o órgão de Segundo Grau prestigiar a atividade jurisdicional desenvolvida pelo juiz singular, já que não lhe incumbe emitir pronunciamento jurisdicional em substituição àquele que não está em desacordo com

¹ Embora o princípio “*tantum devolutum quantum appellatum*” tenha sido expressamente abraçado pelo legislador com a norma do artigo 599 do Código de Processo Penal, entende a doutrina, com destaque para o escólio de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Manual de Processo Penal*, 13ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, pág. 866), que os efeitos limitadores da cognição do órgão recursal dele decorrentes, diferentemente do que se dá no Processo Civil, não se manifestam de modo uniforme com relação às partes, eis que, em havendo apelo do órgão acusatório “*o Tribunal tem toda liberdade para apreciar a sentença, como se fosse uma segunda 1ª instância, inclusive a parte que não foi objeto do recurso, mesmo porque o Estado, tutelando, como tutela, o direito de liberdade, tem interesse em que o réu não seja condenado iniquamente. Mais ainda: se o Juiz ou Tribunal pode conceder 'habeas corpus' de ofício, por que razão deveria ficar adstrito ao 'tantum devolutum quantum appellatum'?*” [grifei].

os normais padrões legais e de Justiça.

Nesse sentido, aliás, os recentíssimos precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça [sem destaques nos originais]:

*PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. PRETENSÃO PELA DETRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. SENTENÇA ANTERIOR À LEI 12.736/2012. ATENUANTE DA CONFISSÃO. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. SANÇÃO REDIMENSIONADA. 1. **A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. (...).** (AgRg no REsp 1552325/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)*

*CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO. DOSIMETRIA. RÉU MULTIREINCIDENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL NEGATIVAMENTE VALORADAS. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. RECIDIVA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 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. 2. **O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei"** (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015). (...) 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 303.513/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016)*

Entretanto, no tocante à fase intermediária, assiste razão ao i. Advogado quando pugna pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea prevista no artigo 65, inciso III, d, do Código Penal.

Efetivamente, embora permanecendo em silêncio na Delegacia de Polícia, em juízo o acusado afirmou que "(...) *um rapaz ofereceu 10 (dez) pinos de cocaína para levar uma sacola com drogas para um indivíduo de nome Miguel, que estaria esperando em um ponto de ônibus. (...). Afirma que não visava lucro, e sim obter um valor para comprar mais drogas, vez que era dependente*". (cf. r. sentença à fl.

120).

Os policiais militares corroboraram sua versão, relatando que “(...) *Na Delegacia, o acusado confessou que estava levando drogas para um indivíduo que o esperaria em um ponto de ônibus (...)*”.

Assim, embora tenha aduzido ser adicto às drogas, negando o intento de mercancia, sua descrição dos fatos subsume-se plenamente ao tipo legal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei Antidrogas, pelo qual foi condenado.

A questão atinente à capacidade de a confissão parcial (ou qualificada) atuar como atenuante genérica tem gerado grande controvérsia na doutrina e jurisprudência brasileiras desde o advento da Nova Parte Geral do Código Penal no ano de 1984.

A norma do artigo 48, inciso IV, alínea *d*, da Parte Geral do Código Penal revogada pela Lei nº 7.210/84, enumerava entre as causas genéricas de atenuação a circunstância de ter o agente “*confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem*”.

Vê-se, desde logo, que a norma que define atualmente essa atenuante, prevista no artigo 65, III, *d*, do Código Penal, não mais prevê, como condição para que a “confissão espontânea” produza seu efeito atenuador, que a autoria do crime de que se trate seja “*ignorada ou imputada a outrem*” até o momento da ocorrência da confissão.

Como observa GUILHERME DE SOUZA NUCCI², para a

² DE SOUZA NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, 11ª ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, pág. 463.

configuração da mencionada atenuante, *“basta a sinceridade do agente, mesmo que ele já seja indiciado ou acusado do delito”*.

Sobre essa questão também já se pronunciou o *Pretório Excelso*, nos seguintes termos [sem destaque no original]:

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE - CONFISSAO ESPONTANEA - PRISÃO EM FLAGRANTE.
Sob a égide da disciplina anterior a reforma da parte geral do Código, ocorrida mediante a edição da Lei n. 7.209/84, a prisão em flagrante era de molde a excluir a configuração da circunstancia atenuante revelada pela confissão espontânea, que estava jungida as hipóteses em que a autoria do crime era ignorada ou imputada a outrem - alínea "d" do artigo 48. Com o abandono da irreal forma inicialmente adotada, pouco importa que o acusado tenha sido preso em flagrante. A simples postura de reconhecimento da pratica do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância, por sinal obrigatória, da regra insculpida na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal - "confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". Tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como o que inclui requisito nela não contido. (HC 69479, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 10/11/1992, DJ 18-12-1992 PP-24376 EMENT VOL-01689-02 PP-00384)

Mas após o advento da Reforma Penal de 1984, o alcance da norma em questão foi objeto de interpretação variada, tanto na doutrina como na jurisprudência, em face do modo pelo qual aflora durante a persecução penal.

Afirmou-se que a alusão contida na norma acerca da espontaneidade da confissão significaria que o legislador instituíra a motivação da confissão como um requisito para a incidência da atenuante (o outro seria, naturalmente, o seu oferecimento a uma “autoridade”).

Assim, por exemplo, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS³, afirma que *“quando o indiciado ou acusado confessa a autoria do crime à autoridade policial ou judiciária, não incide a atenuação pela mera conduta objetiva. O que importa é o 'motivo' da confissão, como, p. ex., o arrependimento, demonstrando merecer pena menor, com fundamento na lealdade processual”*. E, de modo convergente, JULIO

³ Direito penal, 1º Volume. Parte Geral, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 626.

FABBRINI MIRABETE⁴, assevera que *“Não basta a confissão para a configuração da atenuante; é necessário que o agente, arrependido, procure a autoridade para a confissão, já que a lei não fala em ato voluntário, mas em 'confissão espontânea'... Embora a confissão seja cindível, a existência da atenuante depende não da mera conduta objetiva, mas de m motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento etc. É essa motivação que lhe dá o caráter necessário para que a pena seja atenuada”*.

De modo ainda mais explícito, SOUZA NUCCI⁵ acresce que *“A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente”*.

Essa interpretação, embora gozando de ampla aceitação na jurisprudência paulista na década dos noventa⁶, não ressoou na jurisprudência dos Tribunais Superiores do país (em particular a do Superior Tribunal de Justiça⁷, como demonstra a Súmula de número 545⁸), que atualmente não condiciona a aplicação da atenuante da *confissão espontânea* a qualquer elemento de natureza subjetiva⁹ (arrependimento, nobreza, altruísmo, egoísmo etc.), ou mesmo à sua

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, Volume 1. Parte Geral: arts. 1º a 120 do CP*, 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 302.

⁵ *Op. y pág. cit.*

⁶ Vide, por exemplo, do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, os seguintes precedentes: *TACrimSP, Apelação nº 1.106.159/5, 15ª CÂMARA, Rel. Geraldo Lucena, j. em 26/11/1998; Revisão nº 267.910/3, 7º Grupo de Câmaras, Relator Renê Ricupero, j. em 21/03/1995, RJDTCRIM 27/269; Apelação nº 566.425/1, 1ª Câmara, Relator Alberto Marino, j. em 01/02/1990, RJDTCRIM 5/169.*

⁷ Embora havendo exceções, como, por exemplo, o seguinte julgado: *PENA - Fixação da pena-base - Confissão - Artigo 65, inciso III, alínea "D", do Código Penal - Não caracterização. (...) "2. Para a caracterização da atenuante inscrita no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, é necessário que a confissão seja espontânea, circunstância que não se configura na hipótese de prisão em flagrante de réu que, além do mais, procura imputar ao co-réu a participação no fato. 3. Ordem denegada". (STJ, HC. nº 10.017 – RJ, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 18/11/1999, DJU 23.10.00, pág. 188).*

⁸ Súmula 545, publicada no DJU de 19 de outubro de 2015: *“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”*.

⁹ No julgamento do HC 171.064/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP -, Sexta Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 15/06/2011), o Superior Tribunal de Justiça, invocando “precedentes”, declarou expressamente o caráter objetivo da atenuante: *“TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. REINCIDÊNCIA. DEVIDAMENTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A atenuante genérica da confissão espontânea tem caráter meramente objetivo, não se exigindo motivação específica do acusado - ou qualquer outro requisito subjetivo - para a caracterização. Precedentes. 2. No caso, tendo o interrogatório do paciente servido de base à sentença e à manutenção da condenação, deve-se considerar válida a confissão, mesmo que tenha o réu se cercado de subterfúgios para evitar a aplicação da lei penal. (...). 7. Ordem concedida em parte, apenas para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, fazer a compensação com a reincidência e, consequentemente, reduzir a pena recaída sobre o paciente a cinco anos e dez meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três dias-multa”*.

utilidade instrumental (é dizer, ao seu valor enquanto contribuição para a elucidação da autoria ou outros aspectos do crime), mas, sobretudo, à sua utilidade material, ou seja, ao grau de influência por ela exercido sobre a formação da convicção do juiz.

Nesse sentido, por exemplo, os seguintes julgados [sem destaques nos originais]:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. 1. Há evidente ilegalidade se o Tribunal de origem utilizou a confissão extrajudicial do paciente para embasar a condenação, concluindo que a retratação feita em juízo era dissonante das demais provas, mas deixou de reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. 2. Habeas corpus concedido para aplicar a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda imposta ao paciente. (STJ, HC 112.623/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011)

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO. DECLARAÇÕES UTILIZADAS PARA EMBASAR E MANTER A CONCLUSÃO CONDENATÓRIA. RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP, EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 159, §1º, DO CP. EXCLUSÃO PELA CORTE ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. REFORMATIO IN PEJUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. RESTABELECIMENTO DO ÉDITO CONDENATÓRIO NESSE PONTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO EM RELAÇÃO DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. 1. Se a confissão extrajudicial dos agentes é utilizada como fundamento para embasar e manter a conclusão condenatória tanto em relação ao delito do art. 159, § 1º, quanto ao do art. 288, parágrafo único, do CP, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante a retratação ocorrida na fase do contraditório. (...) 2. Writ em parte conhecido e, nessa extensão, concedido parcialmente para redimensionar a pena imposta aos pacientes, fixando-as definitivamente em 22 anos e 20 dias de reclusão, mantidos, no mais a sentença e o acórdão combatidos. (STJ, HC 107.310/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 24/08/2009)

HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO DE UM DOS CRIMES DENUNCIADOS. APLICABILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Constatado que a confissão do réu, declarada perante a autoridade policial e confirmada em Juízo, sobre o cometimento dos crimes de peculato, embasou, efetivamente, o decreto condenatório, deve ser reconhecida a aplicação da correspondente atenuante (art. 65, inciso I, d, do Código Penal). 2. O direito à aplicação da atenuante da confissão espontânea, no caso dos autos, restringe-se à dosimetria dos delitos de peculato, haja vista que o paciente negou a prática do crime de lavagem de dinheiro. 3. Ordem parcialmente concedida para aplicar a atenuante da confissão espontânea na dosimetria pelos crimes de peculato perpetrados, a fim de descontar em 6 meses a pena de cada qual, tornando-as definitivas em 3 anos de reclusão e 34 dias-multa, no valor unitário de R\$ 150,00, para cada um dos delitos praticados em concurso material, e em 4 anos de reclusão e 34 dias-multa, no valor unitário de R\$ 150,00, para cada série de delitos realizados de forma continuada, e determinar ao Juízo da execução que refaça a unificação das penas em consonância com o novo parâmetro ora estabelecido. (STJ, HC 96.457/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 28/04/2008)

Mas a divergência entre a doutrina e a jurisprudência também vem sendo observada no tocante aos aspectos concernentes ao conteúdo da confissão, se parcial (ou “qualificada”, muito comum nos

crimes contra a vida¹⁰) ou total, à possibilidade de compensação (parcial ou total) da *confissão espontânea* com a *reincidência* e aos efeitos da confissão que é objeto de retratação posterior pelo autor do crime.

Aqui interessa abordar apenas os dois primeiros aspectos. Sobre o terceiro, basta mencionar a maioria dos autores entendem que a retratação posterior impede que a confissão produza qualquer efeito (vide, por exemplo, MIRABETE¹¹, SOUZA NUCCI¹² e SCHMITT¹³), com amplo apoio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁴, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça¹⁵ que nos últimos anos adotou o amplíssimo entendimento de que a retratação da *confissão espontânea* em nada afeta a configuração da atenuante do artigo 65, III, *d*, do Código Penal (como não a afeta tampouco a circunstância de que foi espontânea ou não, parcial ou total)¹⁶.

Mas, retornando ao primeiro aspecto, relativo aos efeitos da

¹⁰ Segundo SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, págs. 148/149, confissão "qualificada" é aquela em que "o agente admite a prática do delito, mas alega em seu favor a existência de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade".

¹¹ Op. y pág. cit.

¹² Op. cit., pág. 463.

¹³ Op. cit., pág. 148.

¹⁴ Vide, p. ex., HC 118375, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014; HC 74165, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 17/09/1996, DJ 31-10-1996 PP-42016 EMENT VOL-01848-02 PP-00263; HC 73766, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 28/06/1996, DJ 06-09-1996 PP-31854 EMENT VOL-01840-03 PP-00478; STF, HC 73741, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 02/04/1996, DJ 30-06-2000 PP-00039 EMENT VOL-01997-02 PP-00305; STF, HC 72257, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 27/06/1995, DJ 18-08-1995 PP-24897 EMENT VOL-01796-02 PP-00380 etc.

¹⁵ Vide, p. ex., HC 345.634/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016; AgRg no AREsp 766.334/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016; HC 339.124/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 25/02/2016; AgRg no REsp 1448475/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016; HC 152.340/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016; HC 331.407/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016; HC 340.864/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016; AgRg no HC 272.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015; AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015; HC 330.781/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 17/11/2015 etc.

¹⁶ Da análise comparativa entre os julgados do STF e do STJ acima e retro mencionados, extrai-se que o Pretório Excelso, sem descuidar do critério da *utilidade material* da confissão na formação do juízo condenatório, exclui sua validade como causa de atenuação da pena quando há retratação posterior pelo agente quanto ao seu conteúdo, enquanto o Superior Tribunal de Justiça privilegia de modo absoluto essa *utilidade*, atribuindo validade à confissão "pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo" (o texto é do precedente mais citado nessa Corte, o AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

confissão parcial (ou qualificada), cabe destacar que até há alguns anos se observava certa conformidade entre a doutrina¹⁷ e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁸ no sentido de não ser possível atenuar a pena do agente que opta por confessar apenas parte dos fatos, como um artifício voltado a evitar a responsabilização penal (ou a minimização das suas consequências) por meio da alegação de dirimente ou descriminante.

E o Superior Tribunal de Justiça, nesse particular, destoava do Supremo Tribunal Federal, que admitia a *confissão espontânea* também nesses casos [sem destaques nos originais]:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido. (STF, HC 99436, Primeira Turma, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 26/10/2010, DJe-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 EMENT VOL-02445-01 PP-00113)

HABEAS CORPUS. SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM IMPROCEDENTE. CONFISSÃO PARCIAL E PRIMARIEDADE DO PACIENTE. LEI Nº 9.455/97. CRIME HEDIONDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE FECHADO. (...) A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, ex vi do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória. Precedentes. (...). Pedido parcialmente deferido, a fim de que seja reconhecida, pelo juízo condenatório, a atenuante referente à confissão espontânea. (STF, HC 82337, Primeira Turma, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, julgado em 25/02/2003, DJ 04-04-2003 PP-00051 EMENT VOL-02105-02 PP-00390)

Sem embargo, como dito inicialmente, nos últimos anos a

¹⁷ Para CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. Parte Geral. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 455, "A confissão qualificada, em que o acusado admite a autoria, mas alega ter agido acobertado por causa excludente da ilicitude (confessa ter matado em legítima defesa) não atenua a pena, já que, neste caso, o acusado não estaria propriamente colaborando para a elucidação da autoria, tampouco concordando com a pretensão acusatória, mas agindo no exercício de direito de autodefesa". E, no mesmo sentido, MIRABETE, op. cit., pág. 302, para quem "é necessário que a confissão seja completa, não ocorrendo quando o acusado, admitindo a prática do fato, alega, por exemplo, uma descriminante ou dirimente".

¹⁸ P. ex.: PENAL E PROCESSO PENAL. (...) AFRONTA AO ART. 65, III, "D", DO CP. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO QUALIFICADA (...). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3. Prevalece nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que não se justifica a aplicação da atenuante pela confissão espontânea quando o acusado nega o dolo na conduta. 4. Não há que se falar em violação aos artigos 44 e 77 do Código Penal quando, apesar de preenchidos os requisitos objetivos, não foram implementados os pressupostos subjetivos para a substituição da pena ou a aplicação do sursis penal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 999.783/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/02/2011, DJe 28/02/2011); e HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO TENTADO. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA. ORDEM DENEGADA. 1. 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. De qualquer forma, a versão dos fatos apresentados pelo ora Paciente sequer foram utilizados para embasar a sua condenação, uma vez que restou refutada pela prova oral colhida no processo. 2. In casu, o Paciente confessou ter atirado contra os policiais para se defender, negando, assim, o animus necandi. 3. Ordem denegada. (HC 129.278/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2009, DJe 25/05/2009).

jurisprudência do STJ movimentou-se para o sentido do acolhimento da atenuante da *confissão espontânea* independente de ser ela integral, parcial ou qualificada, como demonstram os seguintes [sem destaques nos originais]:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO UTILIZADA COMO ELEMENTO PARA A CONDENAÇÃO. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. **A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação.** 3. Pela leitura da sentença, confirmada pelo Tribunal de origem, constata-se que o paciente confessou a prática delitiva e tal circunstância foi utilizada expressamente como elemento probatório para a sua condenação. 4. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal" REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013). 5. Na espécie, trata-se de réu multirreincidente, razão pela qual admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e redimensionar a pena do paciente. (HC 355.826/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. I - **Esta Corte firmou o entendimento de que, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante da confissão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015).** II - Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deve ser ela compensada com a agravante da reincidência, conforme decidido no julgamento do recurso especial n. 1341370/MT, admitido como representativo de controvérsia. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 830.401/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)*

Como corolário, pode-se afirmar que a atenuação da pena com fulcro no artigo 65, III, d, do Código Penal, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores do país (com destaque para o E. Superior Tribunal de Justiça, que editou Súmula a respeito do tema¹⁹), está hoje condicionada principalmente à verificação da influência que tenha a *confissão espontânea*, seja total ou parcial, na formação da *convicção do julgador*²⁰.

No caso *sub examen*, constata-se da leitura da sentença de fls.

¹⁹ Súmula 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".

²⁰ Para os Tribunais Superiores, em geral, a retratação posterior da confissão pelo agente, embora constituindo inibidor da atenuação da pena, deixa de produzir esse efeito se o julgador, entendendo ser aquela desprovida de credibilidade ou de amparo probatório, leva em consideração a confissão inicialmente apresentada como elemento auxiliar ou complementar na formação do juízo de procedência da ação penal.

119/124 que o i. Julgador de Primeiro Grau elaborou o juízo condenatório a partir dos depoimentos incriminadores dos policiais responsáveis pela prisão – que corroboraram o quanto dito pelo acusado –, assim como do próprio interrogatório do réu e da prova da materialidade.

Nessas condições, portanto, plenamente viável o acatamento da pretensão de reconhecimento da mencionada circunstância atenuante, consentâneo com o entendimento jurisprudencial mais recente, como acima demonstrado.

Ainda na segunda fase, não obstante a ausência de irresignação defensiva, observa-se pela certidão apontada pelo MM. Magistrado *a quo* e pelo seu cotejamento com a folha de antecedentes juntada aos autos, que o acusado não é reincidente (fls. 13 e 7, do apenso – respectivamente).

O i. Julgador de primeiro grau consignou na r. sentença que (...) *como se observa a fl. 13 do apenso, onde apesar do trânsito em julgado ter ocorrido em 2009 [para a defesa em 27/01/2009], não consta indicação da extinção da pena. Assim, aumento a pena em 1/6 (um sexto) (...)*”

Ocorre que a informação a respeito da extinção da pena relativa ao processo 0009392-89.2007.8.26.0269 (Ordem nº **2007/001135**, à fl. 13) está disponível na folha de antecedentes, à fl. 7 do apenso, onde se observa “(...) **13/01/2010. Declarada extinta, pelo integral cumprimento, a pena privativa de liberdade imposta ao sentenciado no**

processo crime 14/05 e 1135/07, conforme fl. 16 do apenso de roteiro (...)” [sem negrito no original].

Assim, tendo em vista que a extinção da pena se deu em 13/01/2010 e o crime, conforme denúncia, em 19/03/2015, a referida certidão atesta tão somente *mau antecedente* e não *reincidência*, nos termos do artigo 64, inciso I, do CP.

Desta forma, considerando-se a atenuação da pena à fração de 1/6, com base na *confissão espontânea*, e o afastamento do aumento pela mesma fração em razão da agravante da *reincidência*, as penas devem retornar aos mínimos legais de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa – no mínimo valor unitário.

No que tange à aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, não comporta acolhimento o pleito defensivo.

O benefício de redução de penas previsto no mencionado § 4º não foi instituído pelo legislador para atuar como redutor automático das penas correspondentes ao tráfico de drogas, senão com o escopo de disponibilizar ao Juiz um espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as penas correspondente a esse delito.

Nesse sentido, por exemplo, o seguinte aresto do *Pretório Excelso* [sem destaques nos originais]:

Constitucional e penal. Agravo regimental no Habeas corpus. HC substitutivo de recurso ordinário. Inadmissibilidade. Entendimento recente da Turma. Tráfico de entorpecentes.

*Progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena. Improcedência: Exigência legal do cumprimento de 2/5 da pena, se o réu for primário, e de 3/5, se for reincidente. Ausência de error in iudicando que justifique a concessão, ex officio, do writ. 1. A Primeira Turma desta Corte, em acórdão recente, proferido no HC n. 109.956, decidiu “não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC)”, não fazendo sentido qualquer retrocesso. 2. **A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior.** 3. O reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se as frações de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente, previstas na Lei de Drogas, constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 114452 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012; e, no mesmo sentido: (HC 121255 SP, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 03/06/2014, publicado em DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)*

Como sabido, para a concessão do aludido benefício, é imprescindível examinar a presença, cumulativa, de todos os requisitos previstos no citado § 4º, quais sejam, a primariedade, **os bons antecedentes** e a circunstância de o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

E, possuindo o acusado maus antecedentes, como acima assinalado, impõe-se o reconhecimento de que ele se dedicava “a atividades criminosas” mesmo antes da prática do delito objeto desta ação penal, inviabilizando a concessão da benesse almejada.

Por fim, incabível a substituição da pena corporal por sanções restritivas de direitos, em razão do *quantum* de pena corporal aplicada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da defesa para, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e afastamento – de ofício – da agravante da reincidência, reduzir as penas a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no mínimo patamar

unitário.

Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 126.292²¹ e, mais recentemente, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43²², uma vez encerrado o julgamento e ultrapassados os prazos dos recursos ordinários, providencie-se de imediato as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento das penas, expedindo-se, se o caso, o(s) competente(s) mandado (s) de prisão.

OTAVIO ROCHA
Relator

²¹ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

²² Decisão: "O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016" (ADC nº 43, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO, j. em 05.10.2016 - ATA Nº 29, de 05/10/2016. DJE nº 216, divulgado em 07/10/2016). A página do STF na Internet noticiou no último dia 11.11.2016 o seguinte: "*Por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias*".