HABEAS CORPUS Nº 479.194 - SP (2018/0303899-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABIANO DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FABIANO DE OLIVEIRA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 10/46), tendo em vista que juntamente com outros acusados *"transportaram, guardaram e mantiveram em depósito, para fins de entrega a terceiros* ***40,5kg (quarenta e cinco quilos e quinhentos gramas) de cocaína, distribuídos em 38 (trinta e oito) barras de aproximadamente 1Kg (um quilo) cada; 11 (onze) invólucros irregulares de 100g (cem gramas) cada um; e 1 (uma) sacola plástica contendo 500g (quinhentos gramas)"*** – e-STJ fl. 10.

Interposta apelação, os desembargadores da Terceira Câmara de Direito Criminal negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 47/65).

No Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento da confissão extrajudicial.

Assevera que a confissão foi utilizada para sustentar a decisão condenatória, no entanto, não foi aplicada a atenuante no cálculo da pena, nos termos do disposto no art. 65, III, *d*, do Código Penal.

Dessa forma, requer a concessão da ordem a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente com o reconhecimento e a aplicação da atenuante da confissão espontânea (e-STJ fls. 3/9).

Sem pedido liminar.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 94/95).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, o reconhecimento da confissão extrajudicial sob o argumento de que o depoimento foi utilizado para corroborar a condenação do réu.

No caso, o sentenciante assim se manifestou (e-STJ fls. 26/27):

> ***A confissão extrajudicial, estando de acordo com as demais provas produzidas, mostra-se suficiente para o decreto condenatório*** [...]
>
> *Apesar da confissão declarada em sede policial, os acusados JEFFERSON, ELISIANE e FABIANO, ouvidos em Juízo, devidamente instruídos, passaram a negar participação no delito.*
>
> *Além da evidente contradição, as palavras de JEFFERSON, ELISIANE e FABIANO restaram isoladas nos autos.* (Grifei.)

O Tribunal de Justiça, por sua vez, entendeu que (e-STJ fl. 63):

> *A atenuante da confissão espontânea não pode ser considerada na aplicação da pena, pois o apelante Fabiano se retratou da confissão extrajudicial e apresentou negativa de autoria, com versões antagônicas com relação aos depoimentos dos demais envolvidos e, com isso, buscou distorcer a verdade dos fatos para receber pena mais branda.*

Sob tal prisma, vislumbro o alegado constrangimento ilegal, pois, consoante a jurisprudência firmada por esta Corte, a confissão, quando utilizada para embasar a condenação, ainda que seja extrajudicial e mesmo quando o réu venha a se retratar, deve ser reconhecida nos termos do art. 65, III, *d*, do Código Penal, senão vejamos:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. FALSA IDENTIDADE. DOSIMETRIA.* [...] *CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. MANIFESTAÇÃO DOS RÉU SOPESADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE E A AGRAVANTE DO*

RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. ***No que se refere à segunda fase do critério trifásico, conforme o entendimento consolidado na Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.***

[...]

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente em relação ao delito de homicídio qualificado tentado para 9 anos e 4 meses de reclusão (HC 459.078/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. [...] *CONFISSÃO UTILIZADA COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE EM TELA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545 DESTA CORTE.* [...] *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

- ***Em relação à atenuante da confissão, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, for utilizada para fundamentar a condenação, é incabível o afastamento da respectiva atenuante. Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte.***

- Hipótese em que a confissão do paciente, em relação ao delito de tráfico, foi amplamente utilizada como um dos fundamentos da condenação, sendo de rigor, portanto, a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir as penas para 8 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 1.200 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 351.904/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 23/05/2017, grifei).

Passo, então, à readequação da sanção, mantendo os parâmetros

adotados na origem.

Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, na primeira etapa, mantenho a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase, em razão da atenuante da confissão, reduzo a reprimenda em 1/6 (um sexto), o que perfaz 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Na fase derradeira, mantenho a elevação em 1/6 (um sexto), em razão da interestadualidade do delito, alcançando a sanção 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa.

Quanto ao delito de associação para o tráfico, a sanção permanece inalterada e fixada em 3 (três) anos e 6 (meses), pois, apesar da presença da atenuante, deve-se observar o disposto na Súmula n. 231 do STJ.

Dessarte, diante do concurso material de crimes, a pena definitiva fica estabelecida em **10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 1.545 (mil quinhentos e quarenta e cinco) dias-multa**.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus*** a fim de reconhecer a atenuante da confissão e readequar a pena imposta ao paciente para 10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 1.545 (mil quinhentos e quarenta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator