HABEAS CORPUS Nº 485.551 - SP (2018/0341200-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	RODOLPHO PETTENA FILHO
ADVOGADO	:	RODOLPHO PETTENA FILHO - SP115004
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WALBENILSON RODRIGUES SILVA (PRESO)
OUTRO NOME	:	WALBENILSON RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXACERBADA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONFISSÃO QUALIFICADA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WALBENILSON RODRIGUES SILVA (ou WALBENILSON RODRIGUES DA SILVA) contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0009891-47.2017.8.26.0229.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 679 (seiscentos e setenta e nove) dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal.

Foram interpostos recursos de apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento aos recursos, para estabelecer as penas em 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 691 (seiscentos e noventa e um) dias-multa (fls. 38-45).

Neste *writ*, o Impetrante sustenta, em suma, que: a) a pena-base do crime de tráfico não poderia ter sido majorada em razão da quantidade e natureza das drogas

apreendidas, pois tais circunstâncias já estariam incluídas no núcleo do tipo; b) deve ser aplicada a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, pois tal minorante já foi aplicada por esta Corte em outro caso; c) deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, e compensada com a agravante da reincidência; e d) com a alteração da pena, deve ser alterado o regime inicial fechado.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena e alteração do regime para o aberto ou semiaberto.

Indeferi o pedido liminar às fls. 49-51.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 54-77, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 81-97, opinando *"pelo não conhecimento do habeas corpus, concedendo-se, contudo, a ordem, de ofício, apenas, para determinar o reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 65, III, "d" do Código Penal, com a readequação da pena impingida."*

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, destaco que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No que diz respeito à individualização da pena, a sentença condenatória consignou que (fl. 36; grifos originais):

> *"**Circunstâncias Judiciais**: verifico que o dolo e demais circunstâncias do crime permaneceram na previsibilidade do tipo legal e nada tiveram de excepcional que autorizassem a exasperação da reprimenda, motivo pelo qual terá a sua pena-base fixada no mínimo legal.*
>
> ***Circunstâncias agravantes e atenuantes**: O réu é reincidente específico, conforme demonstra a certidão de fls. 169/170. Em razão da reincidência, aumento a pena em 1/3 resultando no montante de 06 anos*

e 08 meses e pagamento de 666 dias-multa, fixados no mínimo legal.

***Causas de aumento e diminuição de pena**: Não há causas de aumento e diminuição de pena. Inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, ante a reincidência do réu.*

Crime de Posse de Munição de Uso Restrito.

***Circunstâncias Judiciais**: verifico que o dolo e demais circunstâncias do crime permaneceram na previsibilidade do tipo legal e nada tiveram de excepcional que autorizassem a exasperação da reprimenda, motivo pelo qual terá a sua pena-base fixada no mínimo legal.*

***Circunstâncias agravantes e atenuantes**: O réu é reincidente, conforme demonstra a certidão de fls. 169/170. Em razão da reincidência, aumento a pena em 1/3 resultando no montante de 04 anos de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.*

***Causas de aumento e diminuição de pena**: Não há causas de aumento e diminuição de pena.*

Em razão do concurso material as penas devem ser somadas resultando em 10 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 679 dias-multa, no valor mínimo.

Regime de cumprimento de pena: Fechado, ante a reincidência e montante de pena.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: Inviável ante o montante de pena, reincidência e o previsto no artigo 44, da Lei de Tóxicos."

O Tribunal *a quo* redimensionou a sanção penal, ao dar parcial provimento aos recursos de apelação da Defesa e da Acusação, utilizando-se dos seguintes fundamentos (fls. 43-45; nossos os grifos):

"As básicas, de ambos os delitos, foram fixadas no patamar mínimo legal.

Todavia, conforme bem ponderou o ilustre representante do Ministério Público, no que tange ao delito de tráfico, a quantidade e natureza das drogas apreendidas também devem ser sopesada na fixação da pena de partida.

[...]

Destarte, atendendo aos critérios norteadores do artigo 42 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base do delito de tráfico de drogas acrescida de 1/6, em razão da quantidade e espécie das drogas apreendidas, a demonstrar maior grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Na segunda fase, as reprimendas foram acrescidas de 1/3 pela reincidência (fls. 169/170). Contudo, verifico que o quantum *de aumento revela- se exacerbado, devendo ser aplicada a fração de 1/6.*

E não se cogite na incidência da atenuante da confissão espontânea, pois, para que haja o seu reconhecimento, faz-se necessário que a confissão seja completa, o que não ocorreu no caso sub examine, já

que o réu alegou ter sido coagido à guarda das drogas, munições e demais objetos descritos na denúncia, buscando, assim, minimizar sua conduta.

[...]

Na derradeira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição de pena.

Com efeito, não era mesmo o caso de reconhecimento do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, dada a inequívoca condição de reincidente do réu.

Nestes termos, torno as penas do réu definitivas em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, pelo delito de tráfico de drogas; e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, pelo delito de posse de munição de uso restrito.

Por fim, em obediência ao critério previsto no artigo 69, do Código Penal, procedo à soma das penas aplicadas, perfazendo 10 (dez) anos, 03 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 691 (seiscentos e noventa e um) dias- multa.

O regime inicial fechado, fixado para o cumprimento da pena imposta ao réu, deve prevalecer, tendo em vista a agravante genérica da reincidência, conforme julgados aos quais me filio."

Como se vê, a Corte de origem exasperou em um sexto (1/6) a pena-base - no patamar de 10 (dez) meses, em razão da diversidade e quantidade de drogas apreendidas, com fundamento no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. *PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXACERBADA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. AGRAVANTE. PATAMAR DE AUMENTO ACIMA DO QUANTUM DE 1/6 (UM SEXTO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.*

1. ***A circunstância judicial relativa à quantidade de drogas, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de 42,4g (quarenta e dois gramas e quatro centigramas) de "maconha", bem como 6,7g (seis gramas e sete centigramas) de "cocaína". Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal. Precedentes.***

2. A quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar pelo patamar mínimo fixado para as

majorantes, que é de 1/6 (um sexto). A reincidência específica não enseja aumento da pena na segunda fase da dosimetria, de forma isolada, em patamar mais elevado. Precedentes.

3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa." (HC 473.289/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, sem grifos no original.)

"*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.

2. O art. 42 da Lei de Drogas autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento no volume de estupefaciente apreendido, contudo, ***a pequena quantidade de droga não constitui fundamento idôneo a justificar o incremento da sanção inicial.*** *Precedente.*

3. Destaca-se que a redução operada da sanção inicial não constitui revolvimento de matéria fático-probatória, mas apenas revaloração jurídica dos fatos delineados no acórdão.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 442.276/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018, sem grifos no original.)

"*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *DOSIMETRIA. PENA-BASE.* ***NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CRACK E COCAÍNA. QUANTIDADES PEQUENAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO INICIAL.*** *MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

1. Este Superior Tribunal de justiça firmou entendimento no sentido de que o art. 42 da Lei de Drogas permite o aumento da pena-base com fundamento na quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de forma que esses dois quesitos devem ser interpretados em conjunto. Assim, a apreensão de pequena quantidade de cocaína, não obstante seja considerada uma das mais nocivas, não justifica, por si só, o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

[...]

3. Agravo regimental parcialmente provido para reduzir a

> *reprimenda dos recorrentes a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais 680 dias-multa.*" (AgInt no HC 403.668/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017; sem grifos no original.)

Desse modo, constata-se que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação adequada para considerar desfavorável a circunstância judicial descrita no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

De outra parte, são condições para que o condenado faça jus a diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Ora, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – como no caso, no qual se concluiu que o Paciente se dedicava à atividade criminosa –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

No caso concreto, o Juízo de primeiro grau ressaltou que inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, ante a reincidência específica do réu (fl. 36), elemento que demonstra que o Paciente se dedicava à atividade criminosa.

Outrossim, o pleito de reforma do julgado para entender que o Condenado faz jus à causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se admite no Superior Tribunal de Justiça, consoante jurisprudência uníssona:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL DIVERSA. APLICAÇÃO DA MINORANTE INSERTA NO ARTIGO 33, § 4°, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE REINCIDENTE. QUANTIDADE DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 386, INCISO VII DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO QUE DEIXOU DE ATACAR TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO OBJURGADO. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.*

NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

I - É entendimento desta Corte que a decisão proferida em relação a um dos réus só será aproveitada aos demais se fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal e desde que haja identidade fático-processual entre os corréus, o que não é o caso dos autos.

II - O eg. Tribunal de origem, apreciando a prova produzida nos autos, concluiu que está comprovada documentalmente ***a reincidência do recorrente e que as quantidades excessivas de drogas, como as dos presentes autos, são denotadoras de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa,*** *por isso, não faz jus ao benefício pretendido. Entender de maneira diversa implicaria no indevido revolvimento do acervo fático-probatório, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.*

III - Ademais, quanto à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33 § 4º da Lei n. 11.343/06, esta Corte Superior assentou o entendimento no sentido de que 'Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem.' *(HC 449.317/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/8/2018). [...]"* (AgRg nos EDcl no AREsp 718.114/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018; sem grifos no original.)

De outro lado, o aresto vergastado afastou a chamada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes.

Esta Corte já adotou o entendimento de 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 1.164.689/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012; REsp 1.248.219/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:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE

FURTO EM DETRIMENTO DO ROUBO. CONFISSÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula n. 545 desta Corte.

2. 'Embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial.' (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n.º 182 desta Corte).

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 452.897/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 65, III, D, E 67, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO. VERIFICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Tanto na sentença condenatória, como no combatido aresto, foi reconhecida a confissão parcial do embargado. O não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea revela-se em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, 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.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. Precedentes. HC n. 350.956/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/8/2016).

4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no REsp 1.710.957/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. *FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVOS DO CRIME. CUPIDEZ. VALORAÇÃO NEGATIVA SEM A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REDUÇÃO. CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUALIFICADORA DA FRAUDE E AGRAVANTE DO ABUSO DE PODER.* BIS IN IDEM. *NÃO OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ALEGAÇÃO DE OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. ORIENTAÇÃO FIRMADA POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. O juiz deve apresentar elementos concretos para a exacerbação da pena-base, não podendo utilizar-se de fundamentação genérica.

2. Não configura fundamento idôneo para o aumento da pena-base como motivos do delito o fato de ter a ré agido com cupidez, por se tratar de circunstância que não exorbita das comuns à espécie, enquanto delito de cunho patrimonial.

3. No que se refere às consequências, fundou-se a majoração no alto valor subtraído, o qual não fora ressarcido à entidade lesada, de modo que devidamente fundamentado o decisum.

4. A fraude prevista para qualificar o furto não se confunde com o abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão descrito no art. 61, II, g, do CP.

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.

6. Fixada a pena-base acima de 4 anos, não há falar em fixação do regime aberto ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo ser mantido o regime imposto pelo Tribunal de origem.

7. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta a 4 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão e 23 dias-multa." (HC 392.307/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PESSOAL. TRAFICÂNCIA NÃO CONFESSADA.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante (HC 237.252/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014).

2. Todavia, no caso dos autos, embora o réu tenha reconhecido a propriedade da droga apreendida, não confessou a prática do crime de

tráfico de drogas, afirmando ser mero usuário.

3. É firme nesta Corte Superior o entendimento de que a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não sendo apta para atenuar a pena a mera admissão da propriedade para uso próprio. Nessa hipótese, inexiste, nem sequer parcialmente, o reconhecimento do crime de tráfico de drogas, mas apenas a prática de delito diverso. Precedentes.

4. Agravo regimental ao qual se dá provimento." (AgRg no REsp 1.417.551/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 12/12/2017.)

In casu, o Paciente confessou a prática do crime e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha tentado se eximir, afirmando que foi coagido a guardar as drogas e as munições, impõe-se a aplicação da atenuante.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência devem ser compensadas. É o que se colhe do seguinte julgado, proferido sob o rito dos recursos repetitivos.

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido." (REsp 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013; sem grifos no original.)

Com efeito, ainda que o Acusado seja reincidente específico, é possível a compensação integral da agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes.

ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. 'A Terceira Seção desta Corte, no recente julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência,

seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito'. (HC 450.495/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018). [...]" (REsp 1.741.828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO SUPERIOR À USUAL FRAÇÃO DE 1/6. NOVO ENTENDIMENTO ADOTADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ.*

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do agente que ostenta outra condenação pelo mesmo delito.

2. Diante desse novo entendimento, possuindo o réu apenas uma condenação apta a ser valorada a título de reincidência e levando-se em conta a inexistência de outra circunstância concreta acerca da necessidade de um incremento maior, cabível a redução do quantum para a fração usual de 1/6. Precedente.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 434.176/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A questão atinente à compensação entre a reincidência e a confissão espontânea foi pacificada no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS e do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT. No primeiro, julgado em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal fixou 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'.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior reafirmou seu posicionamento, ao julgar o HC n. 365.963/SP (DJe 23/11/2017) e admitiu a possibilidade de compensação entre a reincidência específica e a confissão.

3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp

1.475.884/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. *FURTO SIMPLES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IGUALMENTE PREPONDERANTES. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. REGIMENTAL IMPROVIDO.*

1. A Terceira Seção desta Corte, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante. Em 10/04/2013, o entendimento foi reafirmado no julgamento do Recurso Especial 1.341.370/MT, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

2. Revisitando o tema, em 11/10/2017, no julgamento do HC 365.693/SP, a Terceira Seção desta Corte firmou orientação no sentido de que a reincidência específica não impede a integral compensação com a atenuante da confissão espontânea.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 448.110/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

Assim, passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, merece reforma a individualização da reprimenda, que fica a pena-base estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mantenho a pena intermediária no mesmo patamar.

Na terceira fase, não há causas de aumento e diminuição de pena.

Para o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito foi fixada a pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, que também retorna ao patamar mínimo de 3 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa diante da compensação entre a atenuante e a agravante.

Aplicada a regra do concurso material de crimes, fica a sanção penal do Paciente definitivamente estabelecida em **8 (oito) anos de reclusão e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa**, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal.

O regime inicial fechado é o único cabível, no caso, consoante a inteligência do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, considerando a pena aplicada e que o ora Paciente é reincidente.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e redimensionar as penas, em relação aos crimes de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, nos moldes acima, mantidas as demais cominações do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de março de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora