AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.468.196 - SP (2019/0080117-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	DANIEL LUCAS DE SOUZA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MICHEL ALLAN MOFSOVICH - DEFENSOR PÚBLICO - SP277803
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Agrava-se de decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

> *Apelação Criminal - Tráfico de entorpecentes - Desclassificação para a rubrica do artigo 28 da Lei de Drogas - Impossibilidade - Apreensão de 30 porções de cocaína (12,76 gramas) - Materialidade, autoria e culpabilidade demonstradas pelas provas - Roteiro defensivo (inaugurado em audiência) relativo à falsa imputação, não comprovado - Palavras de policiais que merecem crédito à míngua de prova idônea em sentido contrário - Comprovação do crime de tráfico que afasta pretensão desclassificatória - Dosimetria - Natureza do entorpecente e presença de recidiva (específica) que justificam o rigor adotado na fixação das penas e do regime prisional (fechado), além de afastar a concessão de benefícios - Confissão informal que, embora mencionada na r. sentença, não foi confirmada pelo recorrente em audiência, não merecendo, portanto, a redução respectiva - Pena pecuniária fixada em conformidade compreceito secundário vigente, respaldado pela Constituição Federal (CF, art. 5º, XLVI, c) - Ausência de violação a preceitos legais ou constitucionais – Inaplicabilidade, in casu, da multa prevista nos arts. 49, do CP, ou 29, da Lei de Drogas – Detração penal (CPP, art. 387, § 2º) e eventual impossibilidade de adimplemento da sanção pecuniária (por insolvência), cuja análise se reserva ao juízo da execução, a fim de se evitar indevida supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição - Recurso não provido.* (e-STJ fl. 226)

A defesa aponta a violação do art. 65, III, "d", do Código Penal, alegando, em síntese, que a confissão do recorrente na fase extrajudicial foi

utilizada para o decreto condenatório, razão pela qual deve ser reconhecida a referida atenuante na segunda fase da dosimetria.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 261/268.

O recurso não foi admitido.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso às e-STJ fls. 304/306.

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença que condenou o recorrente à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, pelo cometimento do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Quanto à atenuante da confissão espontânea, o acórdão estadual assim se pronunciou:

> *E não há se cogitar do reconhecimento da atenuante relativa à confissão espontânea porque, embora se tenha consignado na r. sentença os relatos dos policiais no sentido de que o apelante teria confessado informalmente a mercancia, ele sequer confirmou tal circunstância em audiência.* (e-STJ fl. 229)

Veja-se que o entendimento do Tribunal Estadual acerca da incidência da atenuante da confissão espontânea está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior assente no sentido de que "tem-se como configurada a atenuante genérica da confissão espontânea (artigo 65, III, "d", do Código Penal) pelo simples reconhecimento, pelo acusado, da prática do delito, seja perante a autoridade policial, seja em juízo, sendo irrelevante, ainda, que a confissão tenha sido incompleta ou parcial, ou mesmo que tenha sido realizada só na fase inquisitorial, com posterior retratação em juízo" (*ut*, HC n. 135.054/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma,

DJe 20/11/2013).

Nesse mesmo sentido: HC 492.449/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/04/2019 e HC 477.184/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 08/04/2019.

Assim, forçoso o redimensionamento da pena imposta ao recorrente.

A pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão (e-STJ fl. 145).

Na segunda fase, procedo à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, permanecendo a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. UNIFORMIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. É inviável, nesta Corte Superior, a apreciação de ofensa a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação de competência constitucionalmente reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.*
>
> *2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, uma vez que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 1293554/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 02/04/2019)

Ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena fica

definitivamente fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Ante o exposto, a teor do art. 932, V, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **dou parcial** provimento ao recurso especial para reconhecer a atenuante de confissão e reduzir a pena do recorrente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator