HABEAS CORPUS Nº 499.440 - SP (2019/0077762-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEX PEREIRA GAVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ALEX PEREIRA GAVA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado (fl. 30):

> Apelação da Defesa - Tráfico de drogas - Materialidade e autoria do delito comprovadas - Réu preso ao ser abordado no interior da própria residência, após denúncia anônima dando conta da prática do tráfico de entorpecentes naquele local - Provas suficientes à condenação do acusado - Apreensão de 58 porções de maconha, com peso aproximado de 491,75 gramas, além da quantia de R$ 20,00 - Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que o entorpecente era destinado ao consumo de terceiros - Óbice à desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas - Condenação mantida - Justificado o aumento da pena-base acima do mínimo legal na fração de 1/6, haja vista os maus antecedentes do réu - Aumento de 1/6 por conta da circunstância agravante da reincidência específica, que fica mantido, ainda que maior acréscimo fosse recomendável - Redutor do artigo 33 §4° inapropriado à hipótese dos autos - Acusado reincidente específico -
> Condenação que deve ser cumpridas em regime inicial fechado - Disposição legal expressa no art. 2º, § Iº, da Lei n°. 8.072/1990 - Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos - Mercê incompatível com a gravidade singular do delito - Recurso de apelação desprovido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 680 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 20/28).

Ato seguinte, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento (fls. 29/37).

No presente *habeas corpus*, alega a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que deveria ser reconhecida a atenuante da confissão, com sua compensação integral com a agravante da reincidência.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para que seja reduzida a reprimenda.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer, às fls. 73/81, pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.

DECIDO.

Consoante relatado, o cerne da questão consiste em verificar se há ilegalidade no não reconhecimento da confissão espontânea, com a consequente compensação com a agravante da reincidência específica.

Acerca do reconhecimento da confissão espontânea, assim confinaram as instâncias ordinárias:

Sentença (fls. 20/28):

> A autoria também é certa, pesando em desfavor do réu e está demonstrada pela prova oral colhida durante a instrução, bem como pelo auto de prisão em flagrante (fl. 02).
> Ouvido na fase policial, o réu, ALEX PEREIRA GAVA, com rigor de detalhes, ciente dos fatos que lhe foram imputados **confessou que havia droga dentro do quarto, e que em sacola plástica guardava 14 porções de maconha, em pedações grandes, que são chamados de "25", porque pesam 25 gramas**. Juntamente com a maconha havia uma nota de R$ 10,00 e dois pequenos rolos de papel filme. Afirmou que o entorpecente era de sua propriedade, guardado no interior de sua residência, sem que sua convivente Larissa soubesse. **Confessou, ainda, que adquiriu essa droga para comercializar.** Afirmou que não foi agredido pelos policiais militares, bem como foi bem tratado no plantão policial, durante o flagrante. Em juízo (fl. 268), mudou sua versão inicial. Assumiu a posse dos entorpecentes, mas disse que era para seu uso próprio. Disse que possui condenações definitivas por outros crimes, inclusive tráfico. Asseverou que ganhou o entorpecente.
> [...]
> **A negativa do réu, na fase judicial, quanto à comercialização das drogas, portanto, ficou isolada, considerando o depoimento harmônico dos policiais, em ambas as fases, bem como, considerando, ainda, sua própria confissão, na fase policial, além dos demais elementos de convicção acostados aos autos.**
> [...]
> Na segunda fase, em razão da reincidência específica (fls. 186), aumento a pena em 1/6, totalizando 06 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias e ao pagamento 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, cada dia multa no mínimo legal. **Não há atenuante, destacando-se que, em juízo, não houve confissão quanto ao crime de tráfico.**

Acórdão (fl. 34):

> É importante observar que **não era mesmo caso de reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, pois a confissão, além de ter ocorrido apenas na fase administrativa da investigação, foi parcial**, buscando amenizar a sua responsabilidade penal, e comprometendo a verdade processual, obstando assim o reconhecimento da benesse.

Nota-se que apesar da confissão ter sido utilizada para fundamentar autoria do delito, a pena não foi atenuada porque considerou se tratar de confissão parcial do delito de tráfico, ao argumento de que o réu, na fase policial, admitiu que as drogas eram para comercialização, mas em juízo, mudou a versão, indicando que eram para consumo próprio.

Ressalvada compreensão pessoal em sentido contrário, as Quinta e Sexta Turmas desta Corte entendem não ser possível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea nos casos em que o agente, não obstante reconheça a propriedade dos estupefacientes apreendidos, afirme que é para uso pessoal e não para a traficância. Nesse diapasão: HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018 e AgRg no REsp 1417551/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 12/12/2017.

No caso, porém, restou consignado que o réu admitiu, ainda que em fase inquisitorial, o crime de tráfico, tendo sido essa informação sopesada no momento da indicação de autoria delitiva, razão pela qual, a despeito da retratação em juízo, faz jus ao reconhecimento da atenuante.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte superior sedimentou-se no sentido de que deve ser aplicada a atenuante genérica da confissão espontânea mesmo quando, confessado o delito em sede policial, houver retratação na fase judicial, desde que tal confissão for utilizada para fundamentar a condenação, o que ocorreu no presente caso. A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTELIONATOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. ATENUANTE CONFIGURADA. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. HABITUALIDADE CRIMINOSA.
> ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.
> **1. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, é irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial (qualificada), ou mesmo que haja ocorrido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.**
> 2. No caso, a confissão do recorrente contribuiu para a comprovação da autoria em relação aos delitos, razão pela qual deve incidir a atenuante.
> 3. O acórdão impugnado se firmou no mesmo sentido da orientação deste Superior Tribunal, de que não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese em que o agente faz da prática criminosa uma

> habitualidade.
> 4. Agravo regimental parcialmente provido a fim de reconhecer a atenuante da confissão espontânea e, em consequência, reduzir as reprimendas para 8 anos e 2 meses de reclusão e 82 dias-multa.
> (AgRg no HC 441.147/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. DEPOIMENTO UTILIZADO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DESCRITA NO ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL.
> **1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incidirá a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que haja retratação da confissão extrajudicial em juízo, desde que o depoimento tenha concorrido para a condenação. Precedentes.**
> 2. Na espécie, o Magistrado sentenciante utilizou as declarações prestadas pelo acusado perante a autoridade policial para corroborar a autoria ou a materialidade delitivas. Portanto, está correto o reconhecimento da referida atenuante, bem como sua compensação com a agravante da reincidência.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no HC 453.724/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018)

Reconhecida a confissão, registra-se ainda que, 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.

Assim, passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa, considerada a circunstância dos maus antecedentes, contando o réu com três condenações criminais definitivas.

Na segunda fase, em razão da reincidência específica, aumentou-se a pena em 1/6, totalizando 6 anos, 9 meses e 20 dias e ao pagamento 680 dias-multa, cada dia multa no mínimo legal. Considerando a atenuante da confissão e sua compensação integral com a agravante da reincidência, retorno a pena ao patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, torno definitiva a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Fica mantido o regime inicial fechado imposto pela Corte de origem, em razão do *quantum* da pena e da reincidência, conforme registrado em sentença (fl. 27), nos moldes dos arts. 33, § 2º, c, do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reduzir as reprimendas a 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator