RECURSO ESPECIAL Nº 1.817.469 - SP (2019/0161728-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	WESLLEY ALVES MIGUEL DA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VANESSA MEDRADO DE SOUZA - DEFENSORA PÚBLICA - SP301016
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por WESLLEY ALVES MIGUEL DA SILVA, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à apelação da defesa para reduzir a reprimenda cominada em razão do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Os elementos existentes nos autos informam que o recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que, no dia 21/6/2017, por volta das 10h15min, no Município de Diadema/SP, mantinha em depósito, para fins de comércio, 32 (trinta e duas) porções de cocaína e, com peso total de 22,8 g (vinte e dois gramas e oito decigramas), e 2 (duas) porções de cocaína, com o peso total de 1,03 g (um grama e três centigramas) – e-STJ fls. 1-2.

Julgada procedente a ação penal, o Juízo de primeiro grau cominou ao réu a pena de 7 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão, sob regime inicial fechado, e 702 (setecentos e dois) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (e-STJ fls. 255-261).

Em grau de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa para afastar a valoração negativa sobre a natureza da droga traficada e, com isso, reduzir a reprimenda final para 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, mantidos os demais critérios estabelecidos na sentença (e-STJ fls. 355-359).

Nas razões do presente recurso especial, a defesa reputa contrariados os artigos 61, I, 65, III, *d*, e 67 do Código Penal, o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 369-406).

Sustenta, em primeiro lugar, a desproporcionalidade e a ausência de motivação para o aumento de 1/4 (um quarto) no segundo estágio dosimétrico, ante o reconhecimento da agravante da reincidência.

Ato contínuo, postula o reconhecimento da atenuante da confissão e a devida compensação com a agravante da reincidência.

Prossegue aduzindo o cabimento da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, sob o argumento de que é desproporcional e anti-isonômico indeferir o referido benefício penal apenas com o fundamento na reincidência do réu.

Por fim, postula seja realizada a detração penal para fins de estabelecimento do regime prisional inicial mais brando.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 434-447), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 450-451), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de

custos legis, ofertou parecer pelo parcial provimento do inconformismo (e-STJ fls. 461-464).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

O Juízo de primeiro grau, ao proceder à individualização da pena, observou os seguintes critérios no trabalho de dosimetria desempenhado (e-STJ fls. 259-260):

> *Em primeira fase: observado o art. 42 da Lei 11.343/06, preponderante as naturezas das drogas apreendidas (cocaína e crack). As demais circunstâncias judiciais apontam normal reprovabilidade da conduta. Por essas razões, em primeira fase, fixo a pena-base em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, mais 562 dias-multa.*
> *Em segunda fase:* ***não incide a atenuante genérica da confissão espontânea, visto que não utilizada sua confissão administrativa, retratada em Juízo, como fundamento da presente. Incide a agravante da reincidência específica (fls. 164 e 169/170), a recrudescer suas penas na proporção de um quarto - e não somente em um sexto, como é a praxe deste Juízo em se tratando de reincidência meramente genérica.***
> *Em terceira fase: não concorrem causas de diminuição ou de aumento das penas.*
> *Logo, tornam-se as penas definitivas em 7 anos e 11 dias de reclusão e 702 dias-multa, cada um desses fixados em um trinta avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato, tendo em conta ausência de elementos nos autos indicativos da capacidade financeira do Condenado.*
> *Atenta às diretrizes dos art. 33 do Código Penal, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência específica, fixo como adequado regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade o fechado, por entender ser o necessário e o suficiente para a reprovação e para a prevenção do crime praticado.*
> *Registra-se, no ponto, a extrema gravidade com que o crime foi praticado, intranquilizando a comunidade local a permanência do Condenado em regime outro que não o fechado - e não sem razão, ante a possibilidade concreta do cometimento de outros delitos semelhantes, dado reiterado envolvimento do Condenado com drogas.*

O Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, promoveu a redução da reprimenda cominada ao recorrente, observando, para tanto, os seguintes critérios (e-STJ fl. 358):

> *As penas, no entanto, merecem reparo.*
> *Realmente, a exasperação da pena-base em função da substância entorpecente encontrada não se justifica, muito embora seja notório o efeito nocivo da cocaína, especialmente o "crack". Com efeito, toda substância tóxica é nociva, seja em função do componente, seja pela quantidade ingerida ou disposta à venda. Na hipótese, de rigor, nada chama a atenção.*
> *Assim, as reprimendas devem partir do patamar mínimo (5 anos de reclusão e 500 dias-multa).*
> ***Correto e bem dosado o aumento pela reincidência, tendo em vista ser específica (fls. 164), chegando-se, portanto, à 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa. Diga-se que não era mesmo o caso de ser considerada a atenuante da confissão, uma vez que não ratificada em juízo.***
> ***O redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei n° 11.343/06 não tem lugar, considerando-se a agravante citada.***
> *O regime prisional eleito é o adequado, seja por aplicação do § 1º, do artigo 2º, da Lei n° 8.072/90, com alteração dada pela Lei n° 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse ao condenado por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida, tudo a exigir a imposição de regime mais rigoroso para o início de cumprimento da reprimenda, independentemente do tempo de prisão provisória, considerando-se, ainda, a reincidência específica.*

Ao que se nota, no tocante à determinação do aumento de 1/4 (um quarto) por conta da agravante da reincidência, o entendimento fixado pela instância ordinária destoa da orientação estabelecida pela Quinta Turma desta Corte Superior, no sentido de que a recidiva específica do réu, por si só, não justifica incremento penal em proporção maior a 1/6 (um sexto).

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CONSUMADO E TENTADO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO NA SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE 1/3. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> ***1. O entendimento desta Quinta Turma é no sentido de que a reincidência específica, por si só, não justifica aumento superior a 1/6. Precedentes.***
> *2. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no HC 465.804/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 06/06/2019)*
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. MAUS*

ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O RECONHECIMENTO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/6 CABÍVEL. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, embora ausente previsão legal acerca dos percentuais mínimo e máximo de elevação da pena em razão das agravantes genéricas, o incremento da pena em fração superior a 1/6 deve ser devidamente fundamentado.

5. In casu, o Colegiado a quo justificou a aplicação da agravante na fração de 1/4 diante do fato de o paciente ser reincidente específico. ***Ocorre que a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que, ostentando o paciente apenas uma condenação anterior para fins de reincidência, mostra-se desproporcional o aumento em patamar superior a 1/6, com amparo apenas no fato de se tratar de reincidente específico.***

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 14 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do acórdão ora impugnado.

(HC 497.194/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE EXASPERADA EM 1/5 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. QUANTUM PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. SEGUNDA FASE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N.º 365.963/SP. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- Hipótese em que a fração de 1/4, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas na reincidência específica do paciente, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal, motivo pelo qual deve a pena ser agravada na usual fração de 1/6.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena definitiva do paciente em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 463.482/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

No caso concreto, tanto o Juízo de primeiro grau como o Tribunal *a quo* admitiram a exasperação da pena no segundo estágio dosimétrico em 1/4 (um quarto)

apenas por considerar mais gravosa a reincidência específica em relação à reincidência comum. Nenhum outro dado foi acrescentado para justificar o incremento penal em maior escala. Assim, no ponto, observa-se a necessidade de reforma do acórdão recorrido para ajustá-lo à jurisprudência desta Corte Superior com relação à matéria.

Não fosse o bastante, necessário admitir, ainda, a incidência da atenuante da confissão em benefício do recorrente.

Com efeito, apesar do Juízo de primeiro grau ter consignado a irrelevância da confissão operada pelo réu ainda em sede policial para a condenação decretada, fato é que a sentença penal proferida fez expressa referência à admissão de culpa durante a fase inquisitorial em seus fundamentos.

Nesse sentido, colhe-se do julgado (e-STJ fl. 257):

> ***Em solo policial**, o acusado qualificou-se como desempregado há dois anos (fls. 25). **Sobre os fatos, confessou o delito**. Afirmou que trabalharia há três dias na "biqueira" e que receberia a quantia de R$ 30,00 por dia "trabalhado", a fim de sustentar sua prole, vendendo a porção de cocaína por R$ 10,00 e de crack por R$ 5,00 (fls. 09/10). (Original sem destaques)*

Ainda que em juízo, durante a instrução criminal, tenha mudado a sua versão sobre os fatos, retratando-se da confissão, deve operar em favor do réu, já que considerado, de algum modo, para condená-lo.

Esse, aliás, é o entendimento pacífico nesta Corte Superior, veja:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 65, III, D, DO CP. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM RECONHECIMENTO PELO JUÍZO SINGULAR, AINDA QUE PARCIAL OU QUALIFICADA. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. DECOTE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. RESTABELECIMENTO DA PENA COMINADA NA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.*
>
> *1. Consta da sentença condenatória a incidência da confissão espontânea, visto que o réu confirmou parcialmente a prática do delito, auxiliando de certa forma na elucidação do crime. A Corte de origem, por sua vez, afastou a incidência da atenuante sob a tese de que o réu apenas confirmou ter disparado contra a vítima, fato presenciado por testemunhas outras, tendo apresentado versão descabida de que agira em legítima defesa.*
>
> *2. De acordo com o atual entendimento desta Corte, não é possível desmerecer a confissão daquele que efetivamente contribui para a elucidação dos fatos supostamente delituosos, ainda que agregando teses defensivas (HC n. 288.442/MS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 2/4/2014).*
>
> ***3. 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.

4. 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 (Súmula 545/STJ), sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade (AgRg no REsp n. 1.774.059/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 26/2/2019).

5. A despeito de as instâncias ordinárias indicarem a alegação de legítima defesa pelo paciente, deixou-se de sopesar a confissão na segunda fase da dosimetria. […] 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 dela se retratar (HC n. 478.741/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 20/2/2019).

6. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1775963/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NÃO CONFESSOU O TRÁFICO E CUJA MANIFESTAÇÃO NÃO EMBASOU A CONDENAÇÃO. ACÓRDÃO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos aventados pela defesa ao proferir decisão no processo, bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte"(AgRg no AREsp 1009720/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017).

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" *(AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015). Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte Superior de Justiça.*

3. Hipótese em que restou evidenciado que o recorrente não admitiu a prática do crime de tráfico, de modo que o caso não trata de confissão parcial, mas, sim de ausência de confissão. Logo, não tendo o acusado confessado a autoria do delito, nem havendo a sua manifestação concorrido para a formação do juízo condenatório, é de ser mantida a não aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do CP. Precedentes.

> *4. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no AREsp 1193134/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018)*

Reconhecida a configuração da atenuante, medida outra não cabe senão a devida compensação com a agravante da reincidência, conforme também prevalece na jurisprudência desta Corte Superior.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E QUANTUM DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> *III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Incidência da Súmula n. 545/STJ.*
> *IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."*
> ***V - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.***
> *[…]*
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.*
> *(HC 365.963/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 23/11/2017)*

Não há espaço para a concessão do redutor pertinente ao tráfico privilegiado. Com efeito, a reincidência do réu gera incompatibilidade com os requisitos subjetivos exigidos pelo § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, em especial no que se refere à primariedade e à ausência de dedicação a atividades ilícitas. No ponto, a defesa não logrou agregar às razões recursais argumentos hábeis a desconstituir o acórdão recorrido, situação que atrai a incidência, por analogia, do óbice da Súmula 283/STF.

Noutro giro, no que se refere à aplicação da regra disposta no art. 387, § 2º, do CPP, o recurso especial defensivo carece de indispensável prequestionamento junto à instância ordinária. Assim, não cabe a esta Corte Superior ingressar no exame do tema, sob pena de indevida supressão de instância e inobservância da orientação estabelecida pelo óbice da Súmula 356/STF, aplicável ao caso também por analogia.

Passa-se, então, ao redimensionamento da pena.

Preservada a pena-base no mínimo legal, como fixado pela instância ordinária, necessário se faz a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência específica, pois, com relação a esta, consoante frisado linhas atrás, não há justificativa para o incremento em razão superior a 1/6 (um sexto).

Por isso, estabelece-se no segundo estágio dosimétrico a pena provisória de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinentos) dias-multa, a qual se torna definitiva diante da ausência de causas de diminuição ou de aumento de pena.

O regime inicial de cumprimento de pena permanece o fechado, haja vista a reincidência do recorrente e os termos do art. 33, §2º, *a* e *b*, do CP, mantidos os demais critérios fixados pela instância ordinária.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, incisos I e III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe parcial provimento** para reduzir a reprimenda cominada ao recorrente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, nos termos acima delineados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator