

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.838.378 - SP (2019/0277098-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE : ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WILD AFONSO OGAWA FILHO - DEFENSOR PÚBLICO -
RS086384B
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : MARCELO VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : FERNANDO MENEZES NETO - SP305683
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES, com fundamento na alínea *a*, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a recorrente foi condenada pelo delito de tráfico de drogas, caracterizado pela apreensão de **1,008kg (um quilo e oito gramas) de maconha**, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa.

A defesa apelou, mas o Tribunal de origem negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 1.218):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Ré que se conforma com a condenação e busca apenas a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência - Impossibilidade - Quanto aos recursos dos corréus, autoria e materialidade do delito comprovadas - Negativa dos réus isolada - Depoimentos dos policiais firmes e sem desmentidos - Ausência de motivos para dúvidas acerca da veracidade de suas palavras - Pedido de desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 - Impossibilidade - Circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Conjunto probatório suficiente para manter a condenação pelo tráfico - Penas e regimes prisionais fixados com critério e corretamente - Pedido de restituição do dinheiro apreendido - Inviabilidade - Recursos desprovidos.

Nas razões do apelo nobre, a defesa requer seja reconhecida a confissão espontânea da recorrente ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES e que seja compensada integralmente com a reincidência (e-STJ fls. 1.251, 1.257 e 1.265).

Superior Tribunal de Justiça

Requer a fixação do regime semiaberto com a observância do que dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Apenas o recurso especial de ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES foi admitido (e-STJ fl. 1.322), tendo sido certificado o trânsito em julgado quanto ao corréu Valdir Pessoa dos Santos (e-STJ fl. 1.357).

Contrarrazões às e-STJ fls. 1.294/1.304.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 1.377/1.381).

É o relatório.

Decido.

Assiste parcial à defesa.

O Tribunal de origem deixou de reconhecer a confissão espontânea da recorrente ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES em razão de ter sido parcial e por não ter concorrido para a condenação dela (e-STJ fls. 1.230/1.231).

Ao decidir nesses termos, a Corte local afrontou a jurisprudência deste Tribunal Superior, sedimentada no enunciado da Súmula n. 545 – "*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*".

A propósito:

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,

Superior Tribunal de Justiça

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 1710957/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018, grifei)*

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 1º, e § 2º, I DO CP). DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE ADMITIU A SUBTRAÇÃO, MAS NÃO A GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA. CONFISSÃO PARCIAL CONFIGURADA. CRIME COMPLEXO. SUBTRAÇÃO (FURTO) ASSOCIADA A OUTRA FIGURA TÍPICA (CONSTRANGIMENTO, AMEAÇA OU VIOLÊNCIA). COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

[...]

2. *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial - em que o réu admite parte dos fatos a ele imputados - deve ser considerada para atenuar a pena, ou mesmo que tenha havido retratação, bastando que tenha servido para embasar a condenação. Precedentes.*

3. *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.*

[...]

6. *Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda do paciente a 8 anos e 4 meses de reclusão e 20 dias-multa. (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifei)*

Assim, a particularização das reprimendas impostas à recorrente ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES pela prática do crime de tráfico de drogas passam

Superior Tribunal de Justiça

a ser revistas.

A pena-base fica mantida em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (e-STJ fl. 896).

Na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea por esta Corte, fica integralmente compensada com a reincidência (e-STJ fls. 896/897), permanecendo no patamar de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira fase, à míngua de causa de aumento ou de diminuição, fica a sanção mantida em **5 anos de reclusão e 500 dias-multa**.

Quanto ao regime, a Corte local fixou o mais severo com lastro na reincidência, nos maus antecedentes e na relevante quantidade de droga apreendida (e-STJ fl. 1.231):

O regime inicial fechado, estabelecido na r. decisão recorrida, era mesmo devido, único cabível ao caso concreto, uma vez que os apelantes **são reincidentes e possuidores de maus antecedentes, a denotar maior periculosidade, já que as condenações anteriores e definitivas não foram suficientes para frear seus impulsos antissociais**. Ademais, em que pese o montante das reprimendas corporais aplicadas, **a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade do entorpecente apreendido, não autoriza, também a meu ver, a imposição de regime prisional mais brando** (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal); ainda que não se considere que o crime por eles ora perpetrado seja equiparado aos hediondos.

Consigne-se que, ao contrário do alegado pela defesa de Valdir e Ana Cláudia, **a reincidência é óbice à fixação de regime inicial mais brando, porquanto prevê a alínea "b" do § 2º do artigo 33 do Código Penal que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto**.

Contudo, nas razões do recurso especial, a defesa não impugnou o fundamento pertinente à quantidade de droga para fixar o regime mais severo, tendo se restringido a rebater o relativo à reincidência e aos maus antecedentes.

Diante desse quadro, o óbice da Súmula n. 283/STF mostra-se insuperável.

Portanto, o regime fechado fica mantido.

No mais, quanto ao pleito de compensação do período de prisão

Superior Tribunal de Justiça

provisória, com razão a defesa.

É que este Tribunal já decidiu, por mais de uma vez, que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

Nesse sentido, recente decisão da Sexta Turma deste Tribunal Superior:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR. NÃO ALTERAÇÃO DO PATAMAR PREVISTO NO ARTIGO 33, § 2º, CP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.

2. No caso concreto, por ocasião da fixação do regime semiaberto, a pena já se encontrava no menor patamar (inferior a quatro anos), daí porque não há como alterar o regime de cumprimento mesmo se considerado o tempo de prisão cautelar.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1712722/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018, grifei)

Ressalto, nesse sentido, que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal determina que "*o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade*".

Partindo-se da análise do supramencionado dispositivo legal, formou-se

Superior Tribunal de Justiça

consolidado entendimento desta Corte de que cabe ao órgão prolator da decisão condenatória a avaliação da possibilidade de fixação de regime mais brando.

A propósito:

PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. DETRAÇÃO. NÃO APRECIADA. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. PRECEDENTES.

1. O estabelecimento do redutor da fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida em poder do recorrente - 190,4 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Incumbe ao Juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto (art. 387, § 2º, do CPP).

3. Cabe, ainda, ao Magistrado sentenciante a análise do instituto da detração nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, mormente, porque esta Corte Superior não possui informações precisas acerca de quanto tempo o acusado efetivamente esteve preso provisoriamente.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido apenas para determinar que o Juízo de origem examine a questão referente à detração nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

(RHC 88.519/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017, grifei)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS. RECONSIDERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. DESCUMPRIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 12.736/2012, o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

5. A verificação da ocorrência de detração penal, em sentença proferida após a vigência da Lei n. 12.736/2012, é matéria afeta ao

Superior Tribunal de Justiça

Juiz sentenciante.

6. Embargos declaratórios acolhidos para negar provimento ao recurso. Ordem concedida, de ofício, nos termos do voto do relator.

(EDcl no RHC 77.405/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017, grifei)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL, POSTERIORMENTE RETRATADA EM JUÍZO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. HC N. 365963/SP. PENA REDUZIDA. DETRAÇÃO. PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. No caso, ainda que realizado o desconto do quantum da pena, do período que o paciente se manteve em custódia preventiva, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial mais gravoso, fundamentando-se na reincidência do paciente.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir a pena corporal do paciente para 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 354.485/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifei)

Sendo assim, como já bem salientado em acórdão acima transcrito, vedada a análise dos critérios objetivos (lapso temporal) e subjetivo (comportamento no ambiente carcerário), o que, destaque-se, invadiria competência do Juízo das Execuções Penais (art. 66, III, *b*, da Lei n. 7.210/1984).

Na hipótese, não há no acórdão recorrido elementos suficientes para

Superior Tribunal de Justiça

realizar efetivamente qualquer tipo de cálculo, razão pela qual é imperioso determinar à instância ordinária a observância ao § 2º do art. 387 do CPP.

Nesse sentido, julgado da Sexta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL NÃO COMBATIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. DOSIMETRIA REFORMADA PELO TRIBUNAL A QUO. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA. CORTE DE ORIGEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Verificado que o agravante deixou de impugnar os fundamentos da inadmissão do recurso especial, incide o enunciado sumular n. 182 do STJ.

2. Incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais" (HC n. 321.808/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/6/2015)

3. Considerando que o Tribunal de origem alterou a sentença condenatória no tocante à dosimetria da reprimenda, cabe a ele a análise do instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, mormente, porque esta Corte Superior não possui informações precisas acerca de quanto tempo o acusado efetivamente esteve preso provisoriamente.

4. Agravo regimental não provido. Habeas Corpus concedido, de ofício, para determinar que a Corte estadual aplique o instituto da detração em favor do recorrente, fixando-lhe o regime de cumprimento de pena que entender adequado.

(AgRg no AREsp 1021073/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017, grifei)

Deve, portanto, o recurso especial ser provido nesse ponto para determinar ao Tribunal de origem a observância dessa norma.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a confissão espontânea da recorrente ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES e compensá-la com a agravante reincidência e para determinar ao Tribunal de origem a aplicação do § 2º do art. 387 do CPP.**

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

