

HABEAS CORPUS Nº 570.337 - SP (2020/0078960-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA PARONETTI SILVA - SP291018
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORDAN DE FRANCA GAMA DOS REIS (PRESO)
OUTRO NOME : JORDAN DE FRANCA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS (148,85 G DE COCAÍNA, 369,71 G DE MACONHA E 32,64 G DE CRACK). PRIMEIRA FASE. ANTECEDENTES. NEGATIVAÇÃO. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. UMA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE, PARA EXASPERAR A PENA-BASE POR MAUS ANTECEDENTES, E OUTRA NA SEGUNDA FASE, PARA APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. APLICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENAL REDIMENSIONADA.

Ordem concedida liminarmente, em parte, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Jordan de França Gama dos Reis** (ou Jordan de França), em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo – que negou provimento à apelação interposta pelo paciente (fls. 33/44), mantendo, assim, a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Bernardo do Campo/SP, que o condenou a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 777 dias-multa (fls. 15/23 – Ação Penal n. 1501182-24.2019.8.26.0537), pela prática do crime de tráfico de drogas (148,85 g de cocaína, 369,71 g de maconha e 32,64 g de crack – fl. 15) –, alegando-se constrangimento ilegal na dosimetria da pena imposta.

Sustenta a impetrante que, *ao contrário do que entendeu a r. sentença, confirmada pelo v. acórdão, não há o que se falar em maus antecedentes no que diz respeito ao recorrente. As duas condenações mencionadas transitaram em julgado em 2016. Se não houve o decurso de cinco anos da extinção da punibilidade, conforme expressa disposição do art. 64 do CP, tais condenações apenas poderiam ser*

consideradas na segunda fase da dosimetria, como reincidência, e não na primeira fase, como antecedentes (fls. 4/5).

Aduz, ainda, a aplicação da atenuante da confissão, ao argumento de que mesmo que se entenda que a confissão tenha sido parcial, o recorrente admitiu que estava vendendo drogas quando foi abordado por policiais e não há como negar tal confissão que tenha sido utilizada como fundamento da condenação, sendo imperioso seu reconhecimento, nos termos dos art. 65 e 67, ambos do Código Penal (fl. 5).

Postula, então, a concessão liminar da ordem para redimensionar a pena imposta.

É o relatório.

Busca a impetração o redimensionamento da pena imposta, com afastamento da negatificação dos antecedentes, na primeira fase, e a aplicação da atenuante da confissão, na segunda fase, na condenação a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 777 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (148,85 g de cocaína, 369,71 g de maconha e 32,64 g de crack – fl. 15).

Inicialmente, transcrevo a fundamentação da sentença condenatória, em relação às alegações aqui aduzidas (fls. 16 e 20):

Caracterizada, portanto, a prática do delito.

A autoria é igualmente inequívoca.

O acusado JORDAN, interrogado em juízo, confessou a prática delitiva, dizendo que estava precisando de dinheiro, razão pela qual foi até a biqueira para traficar, mas nega que fosse o gerente e que Maike estivesse traficando consigo. Iniciou no tráfico no dia da prisão. Conheceu o Maike naquele dia, por conta da abordagem, não viu ele sendo revistado. As drogas estavam em uma "bolsinha" que carregava consigo.

[...]

Assentes a materialidade e autoria delitivas, passo à dosimetria da pena.

Atento às circunstâncias do artigo 59 do Código penal e 42 da Lei 11.343/06, observo que o acusado JORDAN ostenta maus antecedentes, pois já registra duas condenações anteriores por roubo e furto (processo nº 0023904-21.2014.8.26.0564 – trânsito em julgado em 22/07/2016; processo nº 3018931-06.2013.8.26.0564 – trânsito em julgado em 13/10/2016), conforme certidão de fls. 49/52, sendo que uma delas será considerada na primeira fase da dosimetria e a outra, para fins de reincidência, na segunda fase da dosimetria; além disso, considerando a natureza das substâncias apreendidas ("crack" e "cocaína"), drogas que causam efeitos nefastos à saúde, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 1/3 (um terço), ou seja, 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase, está presente a circunstância agravante da reincidência (processo nº 0023904-21.2014.8.26.0564 – trânsito em julgado em 22/07/2016; processo nº 3018931-06.2013.8.26.0564 – trânsito em julgado em 13/10/2016), conforme certidão de fls. 49/52, o que justifica o aumento da reprimenda em 1/6 (um sexto), o que resulta na pena intermediária de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa. A confissão do acusado não pode ser considerada espontânea, uma vez que houve alteração do depoimento prestado em solo policial e o acusado buscou isentar o corréu Maike, o que, como visto, não corresponde aos fatos realmente apurados.

Por sua vez, a Corte local negou provimento ao apelo defensivo, nos seguintes termos (fls. 41/42):

Resta examinar as penas.

Nos termos das disposições do artigo 59, do Código Penal e, ainda, do artigo 42, da Lei de Drogas, a reprimenda, para Jordan e no primeiro momento, foi fixada acima do mínimo na terça parte. E a operação, data vênica das alegações defensivas, não comporta qualquer reparo ou censura, mormente ao se considerar que, na hipótese, foi apreendido mais de meio quilo de drogas ilícitas (o que nem de longe é pouco), divididos em 138 porções de maconha, 197 porções de cocaína e, ainda, 168 porções de crack, estes últimos com altíssimo potencial lesivo e viciante, tudo a autorizar, por si só, a manutenção da fração, tal como posta. Não bastasse isso, o E. Magistrado, ainda nesta primeira fase, considerou uma das condenações anteriores hábil, em verdade, ao reconhecimento da reincidência como maus antecedentes, de sorte que redução das reprimendas, na primeira fase, não há falar. Já no segundo momento, as penas, com lastro na reincidência, foram majoradas na sexta parte. E a operação, em sede de recurso exclusivo da defesa, também não comporta reparo, até porque a certidão de antecedentes (fls. 49/52) indica que Jordan, além das condenações apontadas na sentença, ostenta ainda uma terceira, pelo crime do artigo 28, da Lei de Drogas, tudo a justificar fosse a reprimenda, nesta fase, exasperada com maior rigor. Por fim, inexistentes causas de aumento ou de diminuição na terceira fase, a pena totalizou 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Em atenção aos mesmos critérios, a pena de multou restou cristalizada em 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no mínimo legal.

Observo que, na hipótese, de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, no segundo momento, não havia mesmo falar, até porque o ato não foi pleno, negando Jordan seu vínculo com a totalidade das drogas apreendidas e, ainda, a corresponsabilidade do corréu, bem evidenciados nos autos. E tal postura, a evidenciar a mais completa ausência de arrependimento, impede, como impedia mesmo, a atenuação da sanção, é o que se diz, ainda, em face da regra do artigo 67, do Código Penal, clara ao indicar a reincidência como circunstância preponderante.

Quanto à dosimetria da pena, na primeira fase, tem-se que os antecedentes foram negativados em razão da existência de condenação transitada em julgado, apontando que o paciente *registra duas condenações anteriores por roubo e furto (processo nº 0023904-21.2014.8.26.0564 – trânsito em julgado em 22/07/2016; processo nº 3018931-06.2013.8.26.0564 – trânsito em julgado em 13/10/2016),*

conforme certidão de fls. 49/52, sendo que uma delas será considerada na primeira fase da dosimetria e a outra, para fins de reincidência, na segunda fase da dosimetria (fl. 20).

Então, razão não assiste à impetração, nesse ponto, pois *a jurisprudência deste Sodalício tem se posicionado no sentido de que, considerando a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o bis in idem, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes e da reincidência* (AgRg no HC n. 460.888/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 21/3/2019).

No mesmo sentido: AgRg no HC n. 495.325/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 2/9/2019.

Por outro lado, com razão à impetração quanto à atenuante da confissão, uma vez que *a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a confissão do acusado, quando utilizada para a formação do convencimento do julgador, deve ser reconhecida na dosagem da pena como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, mesmo quando eivada de teses defensivas, discriminantes ou exculpantes. Inteligência da Súmula 545/STJ* (HC n. 470.772/AC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 2/4/2019).

Confira-se também: AgRg no HC n. 537.732/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 28/11/2019.

Por isso, faz-se necessário o redimensionamento da pena imposta.

Na primeira fase, mantida a exasperação da pena-base fixada na sentença (fl. 20), em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa. Na segunda fase, mantida a agravante da reincidência e aplicada a atenuante da confissão, opera-se a compensação da agravante com a atenuante (nos termos do REsp repetitivo n. 1.341.370/MT, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe 17/4/2013). Na terceira fase, sem alterações, **torno a pena definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa.**

Em razão disso, **concedo liminarmente a ordem, em parte**, a fim de

Superior Tribunal de Justiça

redimensionar a pena imposta ao paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa, referente à condenação na Ação Penal n. 1501182-24.2019.8.26.0537, da 2ª Vara Criminal da comarca de São Bernardo do Campo/SP.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator