

Não-acatamento da confissão visando desclassificação (de tráfico para uso)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO. REEXAME DA PROVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

AUSÊNCIA DE PROVA QUE SUSTENTE A ALEGAÇÃO DE NÃO-REINCIDÊNCIA.

CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO-OCORRÊNCIA. CRIME HEDIONDO. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA APLICADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A desclassificação da conduta de tráfico ilegal de drogas para uso implica, necessariamente, o reexame e a valoração da prova produzida durante a instrução criminal, inviáveis na estreita via do habeas corpus.

2. O habeas corpus deve vir instruído com todas as provas que sustentem as alegações nele contidas, já que não se admite dilação probatória. Se houve reconhecimento da reincidência pelo Tribunal de origem e pelo juiz sentenciante, não há como acatar argumentação contrária, em sede de habeas corpus, se não trouxe o impetrante nenhum documento que comprove suas alegações.

3. Para a configuração da confissão espontânea, o acusado deve admitir contra si a prática do fato criminoso que lhe é imputado. Na hipótese dos autos, não houve a confissão da prática do delito de tráfico de substâncias entorpecentes, mas que seria usuário de drogas, de modo que não há como incidir a referida atenuante.

4. Não obstante ter sido a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 incidental e com efeito ex nunc, incompreensível seria a aplicação do aludido ato normativo em outras causas envolvendo crimes hediondos, ou a eles equiparados, após ter sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal como violador de princípios inscritos na Constituição Federal. Precedentes.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art.

2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afastou o óbice à execução progressiva da pena aplicada aos condenados pela prática de crimes hediondos, ou a eles equiparados. 6. No caso, sendo o réu reincidente e tendo sido condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, impõe-se a fixação do regime fechado, para o início do cumprimento da sanção, em observância ao disposto no art. 33 do referido diploma legal e da Súmula 269/STJ, atento ao reconhecimento pelo Tribunal de origem de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

7. Habeas corpus concedido parcialmente para, afastando a aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, declarado inconstitucional na sua integralidade pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecer ao réu o direito ao regime inicial fechado.

([HC 49457/MS](#), Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2007, DJ 07/02/2008, p. 1)