



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.613 - SP (2016/0260396-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOATAN DA CRUZ RIBEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.
3. Hipótese em que, nos termos do art. 59 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e *crack*), o que não se mostra desproporcional.
4. A confissão espontânea pelo paciente de que é usuário de drogas não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, aos acusados pelo tráfico de drogas.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.613 - SP (2016/0260396-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOATAN DA CRUZ RIBEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOATAN DA CRUZ RIBEIRO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, inicialmente em regime fechado, mais o pagamento de 720 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo defensivo para, reduzindo o patamar de exasperação da pena-base e da agravante de reincidência, fixar a reprimenda final em 6 anos, 9 meses e 20 dias-multa, em regime fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa.

Neste *writ*, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob o argumento de que é desproporcional a exasperação da reprimenda inicial, com fundamento, apenas, na pequena quantidade de droga apreendida. Alega que, tendo a confissão do paciente sido utilizada para a formação da convicção do julgador na condenação, deve ser aplicada a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal.

Requer, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante de confissão e, por conseguinte, sua compensação com a agravante de reincidência.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 26-27).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 39 e 42-43).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial da ordem e pela denegação da parte conhecida (e-STJ, fls. 70-73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.613 - SP (2016/0260396-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOATAN DA CRUZ RIBEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.
3. Hipótese em que, nos termos do art. 59 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e *crack*), o que não se mostra desproporcional.
4. A confissão espontânea pelo paciente de que é usuário de drogas não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, aos acusados pelo tráfico de drogas.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, melhor sorte não assiste ao impetrante.

O Tribunal de origem, ao prover em parte o recurso da defesa, readequou a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente, nos seguintes termos:

"Contudo, a pena merece reparo.

A pena-base foi fixada em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, o que deve ser reduzido, mormente a quantidade de drogas apreendidas não ser exagerada. Assim, exaspero a reprimenda, nesta fase, em 1/6 (um sexto), haja vista que a natureza das drogas apreendidas cocaína, na forma de 'crack' e em pó possuem alto poder destrutivo e assolam a sociedade.

Destarte, a pena perfaz 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no piso mínimo legal.

Na segunda fase, em face da circunstância agravante da reincidência do apelante, (cf. fls. 16/17 do apenso próprio), a pena foi elevada em 1/5 (um quinto) o que entendo ser desarrazoada e desproporcional, pelo que o aumento em 1/6 (um sexto) melhor atende ao critério da suficiência e reprovabilidade na penação.

Assim, fixada a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no piso mínimo legal, e exasperada em 1/6 (um sexto), por se tratar de reincidente, perfaz 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias multa, no piso mínimo legal, a qual torno definitiva neste patamar, à mingua de outras circunstância agravantes ou atenuantes, causas de aumento e de diminuição.

Frise-se que pela reincidência, inaplicável o redutor previsto no § 4º, art. 33, da Lei 11.343/06, por ausência de requisito legal." (e-STJ, fls. 15-16)

Primeiramente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

No caso, da leitura do excerto, verifica-se que o Tribunal de origem fixou, motivadamente, a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (*crack* e cocaína), nos exatos termos dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Desse modo, uma vez apresentados elementos idôneos para a majoração da reprimenda, e levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), não se mostra desproporcional o *quantum* de pena imposto, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ATENUANTE QUE DEVE SER CONSIDERADA, SEM EFEITOS NO MONTANTE DE PENA, JÁ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REDUZIDA AO MÍNIMO PELA APLICAÇÃO, NA SEGUNDA FASE, DA ATENUANTE DE MENORIDADE. ENUNCIADO N. 231 DA SÚMULA DESTA CORTE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE APRESENTA MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A quantidade, natureza e diversidade de drogas constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

– No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a grande quantidade da droga apreendida – 34 porções de maconha pesando 52,3 gramas e 261 invólucros contendo cocaína, com peso de 107,8 gramas.

– Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve incidir a atenuante de confissão, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese dos autos.

– Entretanto, a dosimetria realizada pelo Tribunal *a quo* demonstra que o acréscimo de 1/6 realizado na pena-base já foi decotado na segunda fase, em razão da incidência da atenuante de menoridade, tanto que a pena final manteve-se no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Em razão do disposto no enunciado 231 da Súmula desta Corte, o reconhecimento da atenuante de confissão não gera qualquer efeito na pena final aplicada ao paciente.

– O afastamento do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ocorreu em razão dos maus antecedentes do paciente, apontados no acórdão impugnado.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Na hipótese, porém, considerando os maus antecedentes do paciente, a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada da droga apreendida e a pena final de 5 anos de reclusão, recomenda-se a manutenção do regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, sem alteração na pena." (HC 317.780/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1º/12/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que se refere à atenuante de confissão espontânea, o inconformismo do paciente também não merece acolhimento.

Da leitura atenta das decisões impugnadas (e-STJ, fls. 14 e 19), verifica-se que o paciente assumiu, tão somente, a posse da droga para uso próprio.

E, desse modo, segundo a jurisprudência desta Corte, aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, a confissão espontânea do acusado de que é mero usuário de drogas não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Nesse sentido:

"[...] - Conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não há incidência da atenuante da confissão espontânea quando o acusado por tráfico de drogas confessa ser usuário. Precedentes.

- Uma vez não reconhecida a atenuante da confissão, resta prejudicado o pleito de sua compensação com a agravante da reincidência.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 336785/MS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2015)

"[...] 3. A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal. Na espécie, o Tribunal de origem afirmou peremptoriamente que o paciente 'negou os fatos imputados na exordial e sustentou que a droga apreendida era para o seu consumo', razão pela qual não incide na espécie a referida atenuante." (HC 341.822/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0260396-0

HC 373.613 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000378369 30004216820138260038

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOATAN DA CRUZ RIBEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.