



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 498.572 - SP (2019/0073037-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR CYRILO JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. De acordo com a Súmula 545/STJ, "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".
3. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
4. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade de drogas e nos demais elementos constantes dos autos que o paciente se dedica ao comércio ilícito de drogas, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
5. Não há se falar em *bis in idem*, pois, além da quantidade da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas.
6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base (818,2g de maconha), nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais 500 dias multa, a ser cumprida em regime fechado.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 28 de maio de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 498.572 - SP (2019/0073037-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR CYRILO JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JAIR CYRILO JUNIOR**, 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 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, e deu parcial provimento ao recurso da acusação, a fim de afastar a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, fixando o regime inicial fechado.

Neste *writ*, a impetrante alega que o paciente faz jus à atenuante da confissão espontânea, conforme reconhecido na sentença.

Alega que a utilização da quantidade de droga apreendida "tanto na primeira fase (para fixação da pena-base) como também na terceira fase (quando do reconhecimento e aplicação do *quantum* a ser reduzido em decorrência do § 4º do art. 33) configura autêntico e inaceitável *bis in idem*." (e-STJ, fl. 6)

Sustenta que o Paciente é primário, não havendo qualquer justificativa para a fixação de regime inicial mais gravoso.

Requer, assim, seja reconhecida a atenuante da confissão, aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, bem como fixado regime inicial diverso do fechado.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea (e-STJ, fls. 35-36).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 498.572 - SP (2019/0073037-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR CYRILO JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. De acordo com a Súmula 545/STJ, "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".
3. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
4. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade de drogas e nos demais elementos constantes dos autos que o paciente se dedica ao comércio ilícito de drogas, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
5. Não há se falar em *bis in idem*, pois, além da quantidade da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas.
6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base (818,2g de maconha), nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais 500 dias multa, a ser cumprida em regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Em primeiro grau, a individualização da pena foi realizada nos seguintes termos:

"JAIR CYRILO JUNIOR, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 33, 'caput' da Lei nº 11.343/06 porque em 14 de maio de 2015, teria sido surpreendido quando transportava 818,2 gramas de *cannabis sativa*, sem autorização legal para fins de entrega a terceiros.

[...]

Em juízo o acusado disse ter recebido cinquenta reais por causa do *crack*, para guardar as drogas na sua casa. Naquele dia estava próximo ao seu portão, sua filha saiu para passear com o cachorro, ia acender um cachimbo de *crack* e foi abordado. Confirmou aos policiais que havia drogas na sua casa, mas não os deixou entrar. Havia também quatrocentos reais que o menino que trás as drogas trouxe. Estava com duzentos reais na sua carteira. Pegou por pegar. Não estava vendendo drogas, lá nem é ponto de tráfico.

[...]

Pois bem. Os policiais confirmaram a versão que já haviam dado à autoridade policial, contando que o réu foi abordado porque estava consumindo drogas, e na abordagem foi encontrada a quantia de duzentos reais com ele, tendo ele informado que se tratava de resultado da venda de drogas e os entorpecentes estavam em sua residência. Lá ingressando, com autorização do réu, os policiais encontraram dentro do sofá indicado por ele, as drogas apreendidas. Eram embalagens avulsas e kits com maconha, seda e isqueiro, prontos para a venda. Além de mais dinheiro.

É óbvio que o réu estava praticando o comércio de entorpecentes, não lhe socorrendo a versão de que estava somente guardando as drogas na sua casa, mesmo porque, estava com parte do dinheiro no seu próprio bolso, e confessou aos policiais que ele era proveniente da venda de entorpecentes. O policial Cleiton acrescentou que ele chegou a informar que vendia cada kit por cinquenta reais.

Não há porque duvidar das declarações dos policiais, que sequer conheciam o acusado anteriormente aos fatos. Os testemunhos de policiais destacados para a realização da repressão criminal devem ser aceitos quando se prestam a dar conta da tarefa realizada, inexistindo motivo para que sejam considerados tendenciosos.

Podem ser rechaçados somente quando comprovado que houve falseamento da verdade ou que estão em desconformidade com o restante da prova, como ocorre com todo tipo de prova testemunhal (TACRIM, ap. n.º 1.031.619-0 - Cotia - apes.: Pedro Pinheiro Filho e Ornar José Nogueira - VI526). Nesse teor, também, v. aresto do STF no HC n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

73.518/SP, rel. MIN. CELSO DE MELLO. Não existe contradição entre os depoimentos policiais como quer fazer crer a defesa do réu.

A robustez da prova acusatória conduz à certeza de autoria. E não restam dúvidas de que a droga que estava em poder do réu e era destinada à traficância, tendo vista a quantidade.

Ademais, ainda que o réu estivesse somente guardando expressiva quantidade de maconha já tipificaria o crime de tráfico, mostrando-se desnecessária a demonstração de entrega da droga a terceiros, quando os demais elementos dos autos permitem segura conclusão de que este era o destino do entorpecente.

Procedente a ação, passo à dosagem das penas.

As circunstâncias judiciais objetivas revelam dolo acima do mínimo exigido pelo tipo penal. Com efeito, o acusado foi surpreendido na posse de expressiva quantidade de droga, a qual serviria para abastecer muitos consumidores. Fixo ao réu, assim, pena-base de CINCO ANOS E DEZ MESES DE RECLUSÃO E QUINHENTOS E OITENTA E TRES DIAS MULTA.

Na segunda fase, tendo em vista a confissão, ainda que parcial do réu, diminuo a pena ao seu patamar original.

Por fim, não estão presentes os requisitos exigidos pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Em que pese ser o réu primário, não faz jus à redução, tendo em vista a grande quantidade das drogas apreendidas, demonstrando seu envolvimento com organização que pratica o tráfico de entorpecentes.

Atente-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu quando à possibilidade de considerar a natureza e quantidade da droga na aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06:

Além disso, verifica-se que a Corte Estadual, ao analisar o apelo Ministerial, afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena, não só pela vedação quanto à cisão de dispositivos legais, mas também pelo não preenchimento dos requisitos necessários estabelecidos na novel legislação, fazendo-se a análise das circunstâncias fáticas do crime, bem como da quantidade e a qualidade da droga, o que o fez de forma acertada considerando-se o que dispõe o art. 42 da Lei n.º 11.343/06, in verbis: "Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente." (STJ - HABEAS CORPUS Nº 194.623 - RJ (2011/0008046-1)).

Tendo em vista que o réu é absolutamente primário, apesar de já contar com quase quarenta anos, fixo-lhe o regime semiaberto para o cumprimento da pena, de acordo com entendimentos do STF.

Fixo o dia-multa no mínimo legal, à míngua de dados que permitam aferir eventual situação econômica mais abastada do réu.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal movida pela Justiça Pública contra JAIR CYRILO JUNIOR tendo o réu como incurso nas penas do artigo 33, 'caput', da Lei n.º 11.343/06, CONDENANDO-O às penas de CINCO ANOS DE RECLUSÃO, mais QUINHENTOS DIAS MULTA, cumprindo a pena corporal inicialmente em regime semiaberto." (e-STJ, fls. 15-20).

Por sua vez, o Tribunal de origem assim decidiu:

"Consta da exordial que no dia 27 de abril de 2017 o ora incriminado foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

surpreendido por policiais civis guardando e mantendo em depósito em sua casa, **120 (cento e vinte) porções pequenas de Tetrahydrocannabinol embaladas para a venda e 24 (vinte e quatro) kits contendo, cada um, uma porção média de Tetrahydrocannabinol**, um isqueiro e uma embalagem contendo papel para enrolar droga e uma folha de erva, igualmente embalados para comercialização de terceiros, totalizando uma massa líquida de **818,2 gramas**.

[...]

Assim determinada a reprovação penal do apelante, passa-se à análise da dosimetria penal.

Na primeira fase de estimação da reprimenda, **preserva-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade de estupefaciente** apreendido em seu poder, nos termos do art. 59 do CP e art. 42, da Lei nº 11.343/06, por se revelar razoável e proporcional ao caso, e estar alinhada com os parâmetros traçados pela jurisprudência, tendo em vista a quantidade de droga apreendida, circunstância esta que reflete de maneira negativa na reprimenda.

Na segunda etapa, não se cogita do reconhecimento da confissão espontânea (cf. art. 65, inciso III, alínea d, do CP) para a redução da reprimenda imposta, porquanto a **confissão parcial não é suficiente para se reconhecer tal atenuante**.

[...]

Na terceira e última fase, atente-se que não é o caso de aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, visto que foram encontrados diversos kits contendo isqueiro, porção de maconha e papel de seda, fato que indica envolvimento em atividades criminosas, vale dizer, aponta que **o apelante se dedicava habitualmente à traficância, o que revela incompatibilidade com o benefício legal**.

Com isso, chega-se a uma reprimenda equivalente a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão menor da lei, tornada definitiva nesse patamar, ante a ausência de outras circunstâncias que determinem sua modificação.

O regime inicial de cumprimento de pena há de ser modificado para o fechado, em razão da existência de expressa proibição legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), vedação esta que não se mostra maculada de inconstitucionalidade, considerando que a CF preconizou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, XLIII).

E tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que visa a harmonizar a legislação pátria aos tratados internacionais, relacionados ao combate à traficância, os quais o País é signatário.

Ademais, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado. Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Diante dos lúcidos fundamentos da r. sentença condenatória, dizer mais seria redundância desnecessária, frisando que a hipótese é de manutenção parcial.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo defensivo, e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da acusação, a fim de afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante da confissão espontânea, estimar a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão menor da lei, e redimensionar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado, nos termos da fundamentação delineada, mantida, no mais, a r. sentença recorrida Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas corpus nº 126.292 e, mais recentemente, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, uma vez encerrada esta sessão da 7ª Câmara Criminal e transcorrido o prazo para eventual recurso ordinário, providencie-se as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento da pena, expedindo-se, se o caso, o competente mandado de prisão." (e-STJ, fls. 24-30; sem grifos no original).

No que se refere à atenuante do art. 65, III, "d", do CP, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 545, de que a confissão espontânea do réu sempre deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação.

In casu, segundo se infere, o Tribunal de origem, em contrariedade ao posicionamento desta Corte, deixou de aplicá-la, por entender que "a confissão parcial não é suficiente para se reconhecer tal atenuante" (e-STJ, fl. 28).

Observa-se, ainda, de uma leitura atenta da sentença condenatória, que as afirmações trazidas pelo paciente foram valoradas para subsidiar o édito condenatório, conforme excerto a seguir transcrito:

"Em juízo o acusado disse ter recebido cinquenta reais por causa do crack, para guardar as drogas na sua casa. Naquele dia estava próximo ao seu portão, sua filha saiu para passear com o cachorro, ia acender um cachimbo de crack e foi abordado. Confirmou aos policiais que havia drogas na sua casa, mas não os deixou entrar.

[...]

Na segunda fase, tendo em vista a confissão, ainda que parcial do réu, diminuo a pena ao seu patamar original. " (e-STJ, fls. 16-19)

Dessarte, ainda que parcial a confissão do paciente, e uma vez considerada para sua condenação, impõe-se a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP (AgRg no REsp 1.643.268/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017).

No tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, melhor sorte não assiste à defesa.

De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso, o Juiz sentenciante e o Tribunal de origem mantiveram afastada a minorante sob o entendimento de que a quantidade de droga apreendida e a localização de diversos Kits contendo isqueiro, porção de maconha e papel de seda, indicariam o envolvimento habitual do paciente no comércio ilícito de drogas.

Dessa forma, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que o paciente é habitual na prática delitiva, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. [...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Consigne-se, também, que não há se falar em *bis in idem*, pois, além da quantidade e da natureza da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas. Ainda que assim não fosse, vale lembrar que esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL E PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. POSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA, VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, inocorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

Passo, assim, à readequação da pena para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, "d", do CP.

A pena-base parte de 5 anos e 10 meses de reclusão mais 583 dias-multa, pela aferição desfavorável da quantidade da substância. Na segunda fase, retorna ao mínimo legal, diante da incidência da atenuante da confissão espontânea, conforme razões acima expostas. Na terceira fase, ausentes outras causas modificativas, fica definitiva no patamar de **5 anos de reclusão e 500 dias-multa**.

O regime prisional não merece alteração.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Portanto, embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, de fato, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, quantidade do entorpecente apreendido, nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confiram-se:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017).

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais 500 dias multa, a ser cumprida em regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0073037-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 498.572 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00344121120178260050 20180000988160 344121120178260050

EM MESA

JULGADO: 28/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR CYRILO JUNIOR (PRESO)

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

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.