



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 383.013 - SC (2016/0330774-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : KARINA DUARTE DE CARVALHO (PRESO)

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. 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. Nos 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, atenta a legislação de regência, as instâncias antecedentes fixaram a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), o que não se mostra desproporcional.
4. A confissão espontânea pela paciente de que tinha a posse da droga para uso próprio não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Precedentes.
5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.
6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 04 de abril de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 383.013 - SC (2016/0330774-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : KARINA DUARTE DE CARVALHO (PRESO)

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **KARINA DUARTE DE CARVALHO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta nos autos que a paciente foi condenada como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega a impetrante que o aumento da pena-base foi desarrazoado, porque considerado tão-somente a natureza da droga apreendida, e dissociada da valoração relativa à quantidade. Aduz que, tendo assumido a paciente a posse da droga para consumo próprio, deve ser reconhecida a atenuante de confissão espontânea. Por fim, salienta ser cabível o regime mais brando, bem como a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais.

Requer, assim, a redução da pena inicial com a readequação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 627).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 635-645).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 383.013 - SC (2016/0330774-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : KARINA DUARTE DE CARVALHO (PRESO)

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. 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. Nos 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, atenta a legislação de regência, as instâncias antecedentes fixaram a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), o que não se mostra desproporcional.
4. A confissão espontânea pela paciente de que tinha a posse da droga para uso próprio não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Precedentes.
5. Valorada negativamente uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.
6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

### VOTO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 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.

Passo, assim, 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, o juiz sentenciante procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

A análise das circunstâncias judiciais (art. 59, CP c/c art. 42 da Lei de Drogas) revela que a culpabilidade dispensa maior censura.

Não ostenta maus antecedentes.

A conduta social não apresenta traços de distorção.

Inexistem elementos para se aquilatar a personalidade.

Os motivos foram a obtenção de lucro fácil, às custas do sofrimento alheio.

No entanto, normais à espécie.

As circunstâncias merecem destaque, porquanto apesar da quantidade não expressiva, a droga apreendida é cocaína, droga cara, letal e de altíssimo poder destrutivo e viciante.

As consequências são terrivelmente maléficas para toda a sociedade, mas inerentes ao tipo penal.

Não há falar em comportamento da vítima.

Destarte, no cotejo desses elementos, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, fica a pena provisória inalterada.

A pena de multa não é apreciada nesta fase.

Na terceira fase, incide a majorante do art. 40, inc. VI, da Lei n.º 11.343/06, e por outro lado, a minorante do art. 33, § 4º, da mesma lei. Aplico a causa de aumento no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), fixando a pena em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. Sobre esse resultado, tendo em vista que a droga apreendida com a ré foi cocaína, cujo poder destruidor é incontestável, não se justifica a redução da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Tóxicos em seu patamar máximo. Então, reduzo no percentual de 1/2 (um meio), ficando a pena definitiva em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, e 340 (trezentos e quarenta) dias-multa, no valor mínimo unitário." (e-STJ, fls. 426-427).

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo da defesa, ratificou a dosimetria da pena realizada em primeiro grau, pelos seguintes fundamentos:

De início, impõe-se esclarecer que a exasperação pena-base não decorreu do disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, porquanto a Magistrada de origem considerou a culpabilidade normal à espécie, todavia, atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, fundamentou o aumento com base nas circunstâncias do crime.

Desse modo a pena-base da apelante Karina foi aumentada, com a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração da natureza do entorpecente (cocaína), ao passo que, ao apelante Edimar, também pelo referido vetor, a exasperação decorreu da quantidade de maconha.

Logo, a alegação de Karina cai por terra, até porque dissociada do fundamento lançado pela Juíza *a quo*.

No mais, discute-se a possibilidade de utilizar a natureza e quantidade do material entorpecente apreendido como elementos valorativos para fixação de circunstância judicial para aumento da pena-base e como fator de modulação da fração redutora prevista no § 4º do art. 33 da referida lei, sem que isso incorra em *bis in idem*.

A Lei 11.343/2006 inovou em relação à antiga Lei de Drogas ao prever expressamente, no art. 42, a possibilidade de majoração da pena-base, ao considerar a natureza e quantidade do material entorpecente como critérios a serem observados no exame das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

[...]

Todavia, realizada vinculação com elementos circunstanciais que não foram sopesados na pena-base, a apuração da natureza e quantidade da droga pode servir como meio para reconhecimento do grau de comprometimento com o crime em exame.

Seguindo os vetores acima mencionados, não se pode perder de vista que houve apreensão de considerável quantidade de cocaína (17 invólucros que perfizeram 3l,37g - laudo pericial de fls. 140-145) e maconha (1 invólucro plástico contendo fragmentos da substância, totalizando 106,60g, nos termos da prova técnica referida).

Nas fases indiciária e judicial, o policial militar Reginaldo Carvalho de Souza afirmou que estava em rondas, em local onde o tráfico de drogas é costumeiro, quando abordaram o apelante Edimar e o adolescente E., sendo que, durante a revista, o telefone celular tocou e, quando atendido no modo "viva-voz", ouviu-se um usuário de cocaína exigindo o entorpecente que já havia comprado de Karina.

Inclusive, referido policial, cuja versão não foi desqualificada, afirmou que o adolescente, diante daquelas circunstâncias, admitiu informalmente que promovia o tráfico junto com Edimar e Karina, funcionando um serviço de tele-entrega.

Com efeito, as circunstâncias acima identificadas comportam elementos valorativos diversos, uma vez que atentam para efeito e repercussão que, no primeiro momento, voltam-se para a nocividade em si do material entorpecente e, no segundo, como circunstância da extensão das atividades desenvolvidas, de modo a identificar o agente em sua maior ou menor participação no tráfico, o que afasta, por completo, a tese que reclama a ocorrência do *bis in idem*.

Sem considerar a quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (maconha e cocaína, respectivamente), tem-se que os agentes foram surpreendidos em local conhecido pela guarnição policial como ponto de tráfico de drogas, as quais estavam fracionadas e embaladas individualmente para inegável destino comercial - tanto é que foram interceptados na iminência da concretização do negócio espúrio sem olvidar do indicativo de que havia um sistema de tele-entrega promovido por ambos, com o auxílio de um menor.

Diante desses elementos, com a devida vênia ao entendimento diverso, não se faz possível a fixação de fração redutora superior àquela alcançada em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeiro grau, ou seja, de 1/2." (e-STJ, fls. 577-587)

Inicialmente, convém anotar 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.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias denominadas judiciais, previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes à quantidade e à natureza da droga apreendida, assim como os relativos à personalidade e à conduta social do agente sobre as demais circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal.

Da leitura do excerto transcrito, verifica-se que as instâncias antecedentes fixaram, motivadamente, a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva da droga apreendida (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. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS. (II) AGRAVANTE. AUMENTO NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PROPORCIONALIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

3. Ademais, "a exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizados para aumentar a pena-base" (HC 353.839/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016).

4. Na espécie, o magistrado sentenciante considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, pois mantinha o paciente "boca de fumo",



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

facilitando sobremaneira o acesso dos usuários aos entorpecentes, com isso violando o bem jurídico protegido pela norma com maior gravidade. Descreveu, assim, as particularidades do delito, o local em que ocorreu o crime e a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, fundamentando suficientemente o aumento operado. Precedentes.

5. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado – cocaína.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 275.439/MS, Rel. Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, Julgamento em 21/02/2017, DJe 02/03/2017).

*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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

No que se refere à atenuante de confissão espontânea, esta Corte firmou entendimento de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial, qualificada ou retratada em juízo, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. (HC 237.252/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014).

A respeito do tema, a Súmula 545 do STJ dispõe que, "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."

Entretanto, *in casu*, de uma leitura atenta da sentença condenatória (e-STJ, fl. 408), verifica-se que a paciente não faz jus à benesse, pois confessou tão somente ser usuária de drogas, o que induz a não incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP, à acusada por tráfico de drogas.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

341.822/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016)

Quanto ao regime prisional, verifica-se que as instâncias antecedentes fixaram, motivadamente, o regime mais gravoso, com base na natureza da droga apreendida (cocaína), nos termos do art. 33 e 59, ambos do Código Penal, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. (e-STJ, fls. 427 e 487-491).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e o a ele equiparado **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação 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 por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora a paciente seja primária e a pena tenha sido estabelecida em 3 anos e 4 meses de reclusão, revela-se correto o **regime inicial semiaberto** (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais (a natureza de droga apreendida), que justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

A propósito, confira-se:

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129 g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido." (HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

No que tange ao pedido de deferimento da permuta legal, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, tendo sido, inclusive, tal proibição suprimida do texto legal, por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Desse modo, não há óbice à concessão da referida benesse aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Entretanto, *in casu*, utilizada a natureza da droga para justificar a exasperação da pena-base em 10 meses de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

[...] - Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

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

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0330774-3

**HC 383.013 / SC**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00040071020158240020 082015001170381 1101500043 40071020158240020  
8201501170381

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                   |
|------------|---------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA |
| PACIENTE   | : KARINA DUARTE DE CARVALHO (PRESO)               |
| CORRÉU     | : EDIMAR FERREIRA GUSLINSKI                       |

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."

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