



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.448 - SP (2015/0118425-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO JESUS DO AMARAL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM 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. A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura *bis in idem*, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

3. Conforme a Súmula 545/STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal".

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o *bis in idem* ora identificado, faça incidir a atenuante da confissão espontânea e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP.

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 1º de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.448 - SP (2015/0118425-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO JESUS DO AMARAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **JOÃO PAULO JESUS DO AMARAL**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"APELO MINISTERIAL - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA PENA BASE, AFASTAMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DO REDUTOR, BEM COMO FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO - PENA BASE QUE DEVE SER MAJORADA EM DECORRÊNCIA DA NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA AFASTADA - TENTATIVA DE INDUZIR O JUÍZO EM ERRO - REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 AFASTADO - MANIFESTO ENVOLVIMENTO COM A CRIMINALIDADE - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - GRAVIDADE DO CRIME QUE IMPÕE A FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO - ENTENDIMENTO - RECURSO PROVIDO. APELO DEFENSIVO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PRETENDIDA APLICAÇÃO DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA PREJUDICADOS - PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA EM VIRTUDE DA DETRAÇÃO PENAL - PLEITO QUE DEVE SER DEDUZIDO PERANTE O R. JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS - RECURSO DESPROVIDO." (e-STJ, fl. 28.)

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque guardava e transportava 400 (quatrocentos) pinos de cocaína e 854 (oitocentos e cinquenta e quatro) pinos de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A defesa e o Ministério Público estadual interpuseram apelação. Contudo, o recurso defensivo foi desprovido e o apelo ministerial acolhido parcialmente para fixar a pena-base acima do mínimo legal, à razão de 1/6 (um sexto), afastar a atenuante da confissão espontânea e o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, resultando a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Nesta Corte, a impetrante alega constrangimento ilegal, porquanto: a) é "evidente a inobservância do princípio da proporcionalidade ao majorar a pena-base apoiando-se tão somente em uma circunstância posto que as demais, previstas no artigo 59 do Código Penal", são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extremamente favoráveis ao paciente; b) o paciente faz jus ao reconhecimento da confissão como atenuante, ainda que esta tenha sido parcial; c) a quantidade de droga foi utilizada indevidamente na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena; d) a quantidade de droga não pode ser sopesada para afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, visto que não há previsão para tanto; e) não há fundamentação idônea para a imposição do regime mais gravoso.

Requer a concessão da ordem para que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, aplicada a minorante do tráfico privilegiado e estabelecido o regime menos gravoso.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 50-55).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 63-94), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 100-110).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.448 - SP (2015/0118425-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO JESUS DO AMARAL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM 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. A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura *bis in idem*, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

3. Conforme a Súmula 545/STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal".

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).

5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o *bis in idem* ora identificado, faça incidir a atenuante da confissão espontânea e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP.



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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

O Tribunal de origem, ao acolher o recurso ministerial, procedeu à readequação da pena do paciente sob a seguinte motivação:

"Com efeito, porquanto o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 manda, expressamente, considerar a quantidade e a natureza da droga, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, resulta evidente seja a pena mínima insuficiente à repressão do delito.

De rigor, portanto, que **a pena seja aumentada frente à natureza e quantidade do entorpecente** (mais de 1.200 pinos, entre cocaína e crack), motivo pelo qual a pena é acrescida na razão de 1/6, resultando em 05 anos e 10 meses, e pagamento de 583 dias-multa.

[...]

E também quanto ao afastamento da causa de redução da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 aplicada em 1º Grau.

Tal dispositivo faculta ao Magistrado sua concessão, que está livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena.

A lei busca punir com maior rigor quem se dedica ao tráfico e com menos rigor quem se envolve com o comércio de drogas de maneira eventual.

Aqui, embora o apelante seja primário e não possua maus antecedentes, a redução apresenta-se incompatível com as circunstâncias.

A apreensão de mais de 350 g de cocaína e 320 g de crack com o acusado permite supor o grau de confiança obtido pelo réu dentro da organização criminosa da qual faz parte, uma vez que os pequenos traficantes, que o legislador visou beneficiar com o redutor em apreço, não teriam acesso a este montante de droga.

Tais elementos são aptos a demonstrar que João Paulo vinha se dedicando à atividade do tráfico de drogas e demonstrando a existência de envolvimento com a criminalidade, o que afasta os requisitos subjetivos necessários para o reconhecimento e aplicação da benesse, que neste momento se faste." (e-STJ, fls. 35-37, grifou-se.)

A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), decidiu não ser possível a valoração, concomitante, da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Em consonância com esse posicionamento, identifico a **manifesta ilegalidade** sustentada pela defesa, uma vez que, em razão do mesmo fato – a quantidade de droga –, o paciente teve a pena agravada por duas vezes.

Não se desconhece a existência de diversos julgados desta Quinta Turma no sentido de que estaria vedada, apenas, a utilização da quantidade e da natureza da droga para aumentar a pena-base e para a **modular** o percentual de redução. Assim, na hipótese em apreço, seria possível **negar** a redução da pena quando tais circunstâncias revelassem a dedicação do agente ao tráfico de drogas, afastado o suposto *bis in idem* (HC 321.313/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016; HC 307.333/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não fez qualquer ressalva quanto ao consolidado no julgamento do ARE 666.334/MG, como se depreende da ementa a seguir transcrita:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do *bis in idem*.** 3. A quantidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal. 5. Ordem parcialmente concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida e a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar que reputar necessário à repressão e prevenção do crime. (HC 123168, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014, grifo no original.)

Colaciono o seguinte excerto do referido julgado a confirmar a identidade das situações em análise:

"Em 04.4.2014, a matéria foi objeto de nova apreciação por esta Suprema Corte em sede de Repercussão Geral no ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual, tendo sido reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena.

Na espécie, o magistrado de primeiro grau e a Corte de Apelação, na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei 11.343/06, c/c o art. 59 do Código Penal, apontaram o vetor para fixar a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, a quantidade da droga. Efetuada a redução da pena-base, pela Corte Estadual, para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, lastreada na valoração negativa da circunstância em comento (5.033,70g de maconha).

Da mesma forma, o Juízo de origem e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inobstante consignado nos autos não ser o réu reincidente, reputaram inaplicável a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da peculiaridade concreta do caso, em especial, a quantidade da droga.

Como se depreende dos excertos transcritos, a dosimetria da pena foi realizada com dupla ponderação da quantidade da droga encontrada em poder do paciente, em sentido diverso do sufragado por esta Suprema Corte."

Esse entendimento, inclusive, foi reiterado em recentes decisões monocráticas: ARE 930.718/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 17/12/2015; ARE 913.277/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 1º/10/2015.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados da Sexta Turma:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. POSIÇÃO DO PLENÁRIO DO STF.

1. A respeito da consideração da quantidade de droga apreendida, tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão, na linha do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, de que a consideração da mesma circunstância em duas fases distintas da dosimetria configura indevido *bis in idem*.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 319.133/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06 E ART. 244-B DA LEI 8.069/90. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. FEITOS EM CURSO UTILIZADOS PARA NEGAR O BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavaski, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, no tocante à dosimetria do paciente, haja vista que as mesmas circunstâncias, a saber, a quantidade e a natureza de drogas, foram utilizadas em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

3. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade do agente, também não o sendo para se asseverar no sentido de que o acusado se dedica a atividades criminosas, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

4. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, restam prejudicados os pleitos de estabelecimento de regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, determinar ao Magistrado de primeira instância que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal."

(HC 337.341/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E da Quinta Turma:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida com os recorrentes - 55 kg de maconha - revela-se apta a evidenciar a dedicação à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

II - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n. 1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

III - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes do eg. STF e do STJ.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1445752/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 06/11/2015.)

Portanto, o acórdão impugnado não observou o firmado no ARE 666.334/MG, ao utilizar, cumulativamente, a quantidade e a natureza da droga para aumentar a pena-base e para afastar a causa de diminuição do art. 4º, § 3º, da Lei n. 11.343/2006, o que configura manifesta ilegalidade a autorizar a concessão da ordem de ofício para se afastar o *bis in idem* verificado.

Quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, mais uma vez assiste razão à defesa.

O Juízo de 1º grau, ao formar seu convencimento, assim se manifestou:

"Certa a autoria. Quando da prisão em flagrante confessou a autoria do crime ao dizer que de fato, guardava drogas em sua residência (para um indivíduo cujo nome endereço e demais dados qualificativos desconhece). Negou, outrossim, a prática do comércio de substâncias entorpecentes, sendo usuário, somente (fls. 6).

Em juízo o discurso foi diverso. Reafirmou ser usuário e que naquele dia havia comprado três pinos com cocaína, pagando a quantia de R\$ 30,00 lhe restando RS 70,00.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com a polícia no local e após escutar o disparo de uma arma de fogo, correu, porque todas as demais pessoas que por ali estavam também correram. Foi detido e colocado defronte a sua residência, a qual indicou para os policiais. Não autorizou o ingresso dos milicianos em sua residência, sequer sabendo onde as drogas foram localizadas.

Esta sua última versão não encontrou respaldo na prova produzida nem mesmo com a oitiva das testemunhas que arrolou (Anderson e Cleidson - fls 85 e 86) que se limitaram a trazer boas referências sobre sua conduta.

(...)

O que importa, enfim, convém repisar, é que os policiais participantes da diligência não teriam motivo para incriminar gratuitamente os réus, sendo inimaginável supor que estivessem forjado uma falsa acusação com o objetivo de prejudicá-lo.

Assim, à falta de motivo concreto e comprovado para recusar validade aos informes prestados pelos agentes da lei, é de afastar-se a alegação de insuficiência de prova pois, a jurisprudência do STF é no sentido de que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (STF - HC 70.237 - Rei. Ministro Carlos Velloso - RTJ

A prova produzida não socorre o réu, ao contrário, lhe é desfavorável.

Com efeito, os militares Gilberto e Marcos (fls. 83 e 84) em patrulhamento rotineiro, visualizaram o réu em via pública, no que este correu ao vê-los o que motivou a abordagem. Contudo, o réu foi para o interior de uma residência (a sua própria) no que foi seguido por ditos milicianos, sendo detido. Ninguém mais no interior. Passaram por uma revista e localizaram quatrocentos (400) pinos com cocaína e oitocentos e cinquenta e quatro (854) outros de *crack* além da quantia de R\$ 70,00 e anotações que sugeriam a contabilidade do tráfico

Vemos, assim, que a prova não favorece o réu, pois guardava (segundo ele próprio admitiu em solo policial) drogas para terceira pessoa.

Bem por isso, não há que se falar em insuficiência de provas." (e-STJ, fls. 23-25.)

Já o Tribunal de origem afirmou:

"Com relação à autoria, quando ouvido perante a autoridade policial (fls. 06), o então indiciado confessou a autoria afirmando que guardava em sua residência para um indivíduo que disse não saber o nome ou outros detalhes. Afirmou, no entanto, que não vendia as drogas, embora fosse usuário.

Em juízo, sob o crivo do contraditório, o ora apelado alterou sua versão. Afirmou ser usuário e que naquele dia tinha adquirido três porções de drogas. Afirmou que estava no local dos fatos e como escutou disparos de arma de fogo começou a correr, como todas as pessoas também estavam correndo, motivo pelo qual foi detido.

Disse que então indicou sua casa aos policiais que ingressaram em seu interior sem sua autorização. Não viu a apreensão das drogas e não sabia sequer onde foram localizadas (fls. 87).

Inócua, contudo, sua negativa, diante da prova carreada aos autos.

(...)

No caso, embora o apelante tenha confessado o delito durante a instrução criminal, em juízo negou a apreensão da totalidade das drogas consigo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insistiu em alegar que possuía apenas 03 porções, destinadas ao seu próprio consumo, não assumindo a traficância, em uma clara tentativa de induzir o juízo a erro e ser beneficiado com a desclassificação.

Não se apresenta, por conseguinte, a confissão parcial apta a reduzir a reprimenda." (e-STJ, fls. 32 e 36-37.)

Conforme enunciado de Súmula 545 do STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal". Assim, utilizada a confissão extrajudicial do réu para a formação da convicção do órgão julgador, é de rigor a incidência da atenuante da confissão espontânea.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO EM SEDE POLICIAL UTILIZADA NA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. APLICABILIDADE DA ATENUANTE GENÉRICA.

1. Tendo sido a confissão extrajudicial considerada pelas instâncias ordinárias para embasar a condenação do recorrente, de rigor a manutenção da atenuante da confissão espontânea, na linha da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1558698/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, o exame do pedido de alteração do regime prisional fica prejudicado, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena pelo Tribunal *a quo*, nos termos das razões acima expostas.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e 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.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal *a quo* proceda à nova dosimetria da pena, e, assim, afaste o *bis in idem* ora identificado, faça incidir a atenuante da confissão espontânea e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0118425-7

HC 324.448 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00150852220138260050 150852220138260050 3412013

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO JESUS DO AMARAL

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.