



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.036 - SP (2015/0006196-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ESTER TEODORO GOMES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. GRANDE VOLUME DE ENTORPECENTE. PRECEDENTE DESTES STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade de droga foi considerada tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual, ausentes outras circunstâncias judiciais negativas, reduz-se a pena-base ao mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se, contudo, a não incidência do referida causa de diminuição especial, em razão do considerável volume do estupefaciente apreendido.

CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, D,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CP. CONFISSÃO PARCIAL DA PRÁTICA DELITIVA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

2. Assim, tendo a paciente confessado o crime, merece ser concedida a ordem para reconhecer a incidência da referida atenuante.

CAUSA DE AUMENTO. INTERESTADUALIDADE (ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06). FRAÇÃO FIXADA EM 1/2 COM ESTEIO NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE. MESMO FUNDAMENTO UTILIZADO PARA NEGAR A MINORANTE ESPECIAL DA LEI DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA PARA REDUZIR O *QUANTUM* PARA 1/6.

1. Inviável a fixação da fração em 1/2 (metade) pelo reconhecimento da causa de aumento da interestadualidade (art. 40, inciso V, da Lei de Drogas) em razão do grande volume de entorpecente apreendido, porquanto tal fundamento foi utilizado para negar a aplicação da causa de diminuição especial prevista no art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal.

2. Dessa maneira, imperiosa a concessão da ordem para reduzir a fração para 1/6 (um sexto).

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga, justifica a imposição do modo prisional fechado.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.

2. *In casu*, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.036 - SP (2015/0006196-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ESTER TEODORO GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ESTER TEODORO GOMES contra acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu parcialmente a Apelação n. 0004367-59.2012.8.26.0483, a fim de redimensionar a reprimenda para 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 990 (novecentos e noventa) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a Corte estadual teria incorrido no vedado *bis in idem*, porquanto a paciente teria sido punida três vezes pelo mesmo fato, qual seja, a quantidade de entorpecente.

Defende que o Sodalício *a quo*, com fundamento no volume da droga apreendida, teria aumentado a reprimenda básica em 1/3 (um terço), fixado o *quantum* em 1/2 (metade) referente à causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06 e afastado a minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da referida Lei.

Alega que o art. 42 da Lei de Drogas apenas orienta o magistrado na quantificação da sanção, não tendo o condão de excluir a incidência do redutor especial caso preenchidos os requisitos legais.

Aduz que o aumento em 1/2 (metade) pela interestadualidade teria sido fixada sem a correta motivação, devendo, portanto, ser reduzido para 1/6 (um sexto).

Ressalta que deveria ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, ainda que tenha sido parcial, em consonância com o entendimento predominante nos Tribunais Superiores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Menciona que, reduzida a sanção final, o regime inicial deverá ser alterado para o aberto, em conformidade com os Enunciados Sumulares ns. 718 e 719 da Suprema Corte e 440/STJ, mormente em razão da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

Aponta que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída pela restritiva de direitos, tendo em vista a Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, a qual suspendera a expressão que vedava tal benesse e o preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem constitucional para que a paciente aguarde em regime aberto o julgamento final do *writ*. No mérito, pugna pelo reconhecimento da confissão espontânea, redução para a fração de 1/6 (um sexto) da causa de aumento do art. 40, inciso V da Lei n. 11.343/06, aplicação da minorante especial, em 2/3 (dois terços) do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com a declaração de extinção da punibilidade em razão do cumprimento total da pena. Subsidiariamente, pleiteia, seja determinado o refazimento da dosimetria, garantindo o resgate da sanção em regime aberto e a substituição da pena privativa pela restritiva.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.036 - SP (2015/0006196-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06, porque:

Segundo apurado, a denunciada estava em um ônibus da empresa Viação Motta que levava os passageiros de Campo Grande para Belo Horizonte, sendo que este foi parado para averiguação na Base da Polícia Rodoviária Militar desta comarca, onde, Policiais Militares encontraram dentro de uma bolsa pertencente à denunciada, 07 (sete)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tabletes contendo o entorpecente Haxixe, pesando 1.898,090 g (mil oitocentos e noventa e oito gramas e noventa centigramas), conforme auto de constatação preliminar de substância entorpecente de fl. 13 e auto de exibição e apreensão de fl. 16. Denunciada confessa, afirmou que levaria a droga até Riolândiá/SP, cidade onde seu marido Robson se encontra preso em uma Penitenciária. (e-STJ fl. 13)

Irresignada, a defesa e o Ministério Público interpuseram recursos de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento ao pleito defensivo e proveu o ministerial para afastar a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e redimensionar a reprimenda para 10 (dez) anos de reclusão, e pagamento de 990 (novecentos e noventa) dias-multa, em regime inicial fechado.

Busca-se neste *writ* o afastamento do alegado *bis in idem*, pois, segundo defende o impetrante, a quantidade da droga apreendida **(1.898,090 g de haxixe)** foi utilizada em momentos distintos da dosimetria, em descompasso com o entendimento firmado no âmbito deste Tribunal e da Suprema Corte.

Da análise dos autos, verifica-se que razão lhe assiste. Isso porque, vê-se que o *quantum* da droga foi considerada em fases diversas, tanto para exasperar a pena-base como para negar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que, nos termos da jurisprudência sedimentada no âmbito deste Tribunal Superior não é permitido, por configurar o indevido *bis in idem*.

Inicialmente, convém observar, no que diz à aplicação da reprimenda de piso, que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao sentenciado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Contudo, ao interpretar o mencionado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Na hipótese, o Tribunal estadual manteve a pena-base acima do mínimo legal, consoante o art. 42 da Lei de Drogas, conforme aresto proferido nos seguintes termos, a saber:

"Partindo-se das bases mínimas, acrescentou-se 1/3 em razão da quantidade de entorpecente [...]" (e-STJ fl. 70).

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, a Corte de origem, em sede de apelação, afastou a referida benesse com a seguinte fundamentação, *verbis*:

"Entretanto, a elevada quantidade de haxixe apreendido, ou seja, 1.898,090 gramas, implica o afastamento da redução prevista no artigo 33, § 4º, do mesmo texto de lei, em respeito ao artigo 42, da novel legislação de tóxicos, como pretendido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO" (e-STJ fl. 69).

Da leitura dos excertos supra, observa-se a ocorrência de *bis in idem*, pois o mesmo critério foi adotado para agravar a reprimenda na primeira e afastar a aplicação da redução da pena na terceira fases da dosimetria, procedimento que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contraria a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, é necessário afastar o aumento procedido na pena-base, reduzindo-a para o mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa -, dada a ausência de outras circunstâncias judiciais negativas, mantendo-se, contudo, a não incidência da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da considerável quantidade de entorpecente apreendido.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PERDA DO OBJETO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PERCENTUAL MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO.

*1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que julgou, em parte, prejudicado o writ e, no mais, negou-lhe seguimento, pois, no caso concreto, **de acordo com a jurisprudência desta Corte, a quantidade de droga apreendida pode impedir a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**, bem como pode servir de parâmetro para definir o percentual de redução.*

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 251.410/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 17/12/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DO FATO DE O DELITO DE TRÁFICO SER EQUIPARADO AOS CRIMES HEDIONDOS. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Colegiado estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, de modo que não há falar em constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento do benefício com fulcro no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. O regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, em razão do fato de o delito de tráfico ser equiparado aos crimes hediondos, o que configura manifesta ilegalidade, haja vista que a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pelos Tribunais superiores, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 315.716/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

No tocante ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, verifica-se que a autoridade apontada como coatora não referendou a sua incidência sob o seguinte fundamento:

"Com relação à atenuante da confissão espontânea, a mesma não se caracterizou, ocorrendo, na realidade, a denominada confissão parcial ou qualificada, pela qual a acusada admite parcialmente a imputação, negando a existência de fatos importantes, com a finalidade de afastar ou reduzir a responsabilidade criminal." (e-STJ fl. 70).

Entretanto, cumpre asseverar que o entendimento firmado nessa Corte Superior é no sentido de que se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior, conforme o Enunciado sumular n. 545/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há falar em violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, se a Corte de origem exasperou a pena-base do recorrente com fundamento na natureza e na grande quantidade de drogas apreendidas (1.790 g de cocaína).

2. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação.

[...]

8. Recurso especial parcialmente provido apenas para reconhecer a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea em favor do recorrente e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

(REsp 1290846/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO A 6 ANOS DE RECLUSÃO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. ATENUANTE RECONHECIDA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM A CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- **"Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo"** (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel.

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015). Inteligência da Súmula n. 545 desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte Superior de Justiça.

- Hipótese em que a confissão extrajudicial do paciente, apesar de retratada em juízo, embasou a condenação, tanto que mencionada no curso da sentença e do voto condutor do acórdão recorrido, circunstância que possui relevância para fins de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP.

- No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- Promovida a compensação entre a confissão e a reincidência, reduziu-se a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, ante a reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 345.634/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

Desse modo, faz-se necessário afastar o fundamento no qual o Tribunal a quo se baseou para impedir a incidência da confissão espontânea, concedendo-se a ordem de ofício a fim de que seja reconhecida a referida atenuante, contudo, sem reflexo em sua reprimenda, pois a pena-base foi reduzida para o mínimo legal e, nos termos da Súmula 231 deste STJ, *"a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

Em relação à fração da causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, verifica-se que o magistrado sentenciante fixou-a em 1/2 (metade), conforme o seguinte trecho, *in verbis*:

"O aumento respectivo deverá ocorrer no patamar legal médio, dada a grandiosidade do tráfico em questão. De fato, percebe-se que a ré auxiliava na entrada de enorme quantidade de droga no Estado de São Paulo, que abasteceria, sem dúvida, diversos pontos de tráfico nesta unidade federativa. Sua conduta é extremamente reprovável, pois o transporte de vultosa quantidade de drogas entre unidades federativas é o meio utilizado pelas organizações criminosas pátrias para se abastecer e enriquecer."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Presente a causa de aumento do art. 40. V, da lei de drogas, aumento a pena pela metade, passando-a para 10 anos de reclusão e pagamento de 990 dias-multa." (e-STJ fls. 21-23)

O Tribunal estadual, no julgamento do recurso de apelação, manteve o *quantum* definido na sentença, relativo à interestadualidade do tráfico, sem tecer qualquer consideração (e-STJ fl. 70).

Dessa forma, observa-se que o patamar de exasperação da reprimenda, na terceira fase da dosimetria, foi mantido com esteio na quantidade do entorpecente apreendido, caracterizando, portanto, o constrangimento ilegal a que está submetida a paciente, uma vez que tal fundamento foi utilizado para negar a aplicação da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Assim, presente a ilegalidade arguida, deve ser substituída a fração de 1/2 (metade) e aplicado seu mínimo legal, qual seja, 1/6 (um sexto).

Prosseguindo-se na dosimetria, tem-se que reduzida para 1/6 (um sexto) a fração relativa à interestadualidade do tráfico de drogas, e inaplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, totaliza-se a reprimenda em **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

No que tange ao regime inicial, não obstante a sanção final tenha sido reduzida para patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, o modo fechado deve ser mantido, porquanto a gravidade concreta do crime cometido, demonstrada pela enorme quantidade do entorpecente apreendido - **1.898,090 g de haxixe** -, denota a necessidade de sistema prisional mais severo.

Nesse diapasão, tem-se:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SÚMULA N. 284 DO STF. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. As instâncias ordinárias entenderam adequada a imposição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial fechado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente na quantidade de drogas apreendidas em poder do recorrente - 157 porções de maconha, pesando, ao todo, 303 g -, de modo que não há falar em violação legal do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. A ausência de indicação do dispositivo de lei federal supostamente contrariado na instância ordinária caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do STJ, aqui aplicada por analogia.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1562761/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM 1/3 (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). **PENA DE 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO, SEM DIREITO À SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DE DROGA (249,64g DE MACONHA).** WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- **A elevada quantidade de droga justifica** a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) em patamar inferior, bem como **o agravamento do regime prisional** e a não substituição da pena por restritivas de direitos, pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério da droga, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 318.633/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015)

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena restou estabelecida definitivamente em patamar superior a 04 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. PENA ACIMA DE 4 ANOS. DESCONTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA (ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP). SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Considerando a pena superior a 4 anos, a reincidência do paciente (art. 33, § 2º, b, do Código Penal) e a quantidade de droga apreendida (200 gramas de cocaína), mostra-se justificado o regime inicial fechado.

- Quanto à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua concessão, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

- O Tribunal a quo não apreciou a questão referente à detração da pena (art. 387, § 2º, do CPP). Dessa forma, é inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.540/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 16/02/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É pacífico no âmbito desta Corte o entendimento de que, no momento da fixação da reprimenda, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do previsto no art. 42 da Lei n.

11.343/2006.

2. A natureza da droga (cocaína), de elevado potencial lesivo, bem como a quantidade (mais de 4 quilos apreendidos com cada ré) serviram de arrimo para aplicação da pena-base acima do mínimo legal. Em razão do óbice da Súmula 7 do STJ, não cabe, em sede de recurso especial, o reexame do juízo valorativo utilizado na fixação do quantum da reprimenda.

3. Igualmente, esbarra no obstáculo imposto na Súmula 7 do STJ o pedido de aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, em seu grau máximo, tendo em vista que não pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esta Corte proceder a alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório.

4. Fixada a pena privativa de liberdade acima de quatro anos, não há falar em sua substituição por restritiva de direitos, pois ausentes os pressupostos legais previstos no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 422.763/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de reduzir a pena para **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0006196-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 314.036 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00043675920128260483 43675920128260483

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ESTER TEODORO GOMES (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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