



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.299 - SP (2017/0100194-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO - SP259026
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER ALVES DA SILVA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º) APLICADA NO MÍNIMO (1/6). MAIOR GRAU DE ENVOLVIMENTO COM O TRÁFICO. FRAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA APLICAR A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O paciente confessou a prática do delito, afirmando, inclusive, que traficava há mais ou menos 3 meses. Essa confissão foi utilizada como elemento de convicção pelo Magistrado, configurando, portanto, a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal.

3. Não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade de droga na primeira e terceira fases, porque, nessa última, foram consideradas também as demais circunstâncias do delito, o qual vinha sendo praticado há alguns meses. Esse grau de dedicação à atividade criminosa justifica a incidência da fração mínima, embora devesse ter sido utilizado para afastar a minorante.

4. A quantidade e variedade de drogas apreendidas – 19,75g de cocaína, 302,94g de crack e 949,81 de maconha – constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso (fechado).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da confissão espontânea, reduzindo a pena do paciente.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.299 - SP (2017/0100194-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO - SP259026
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER ALVES DA SILVA JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de WAGNER ALVES DA SILVA JUNIOR, condenado à pena de 4 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O impetrante impugna o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação da defesa. Sustenta ser possível a aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), bem como da causa de diminuição de pena (§ 4º) no patamar máximo (2/3), pois a fração mínima (1/6) foi justificada na quantidade de droga, elemento considerado também no aumento da pena-base (*bis in idem*). Argumenta ainda ser necessária a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem nesses termos, inclusive liminarmente.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. CONCESSÃO.

1. É vedada a utilização do writ como substitutivo de recurso próprio. No entanto, verificado o constrangimento ilegal, a ordem pode ser concedida de ofício para afastá-lo.

2. A atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida quando utilizada para a formação do convencimento do julgador. Súmula nº 545/STJ.

3. O patamar da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, justifica-se antes as peculiaridades do caso concreto.

4. Inexiste obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Precedente do STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Indevida a substituição da pena corporal pela substitutiva de direitos, que somente se aplica nos casos em que a pena for inferior a 4 (quatro) anos.

6. Parecer pelo não conhecimento do writ, concedendo-se a ordem ex officio apenas para reconhecer a incidência da atenuante de confissão espontânea e fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena (fls. 99/100).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.299 - SP (2017/0100194-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a controvérsia diz respeito a quatro questões: **(I)** aplicação da atenuante da confissão (art. 65, III, "d", do Código Penal); **(II)** fração de redução da pena na terceira fase (§4º); **(III)** alteração do regime prisional inicial e **(IV)** substituição da pena por restritiva de direitos.

Eis a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias:

Sentença:

[...]

A pretensão punitiva é procedente.

A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 12/14), laudo pericial (fls.) e pelo exame químico-toxicológico (fls. 75). Os peritos constataram a presença de alcalóide extraído do vegetal "erythroxylum coca l", ou seja, cocaína, incluindo aquela na sua forma conhecida como "crack". Sem prejuízo, constataram a presença de TETRAHIDROCANABINOL (THC), princípio ativo do vegetal Cannabis sativa L, caracterizando a droga conhecida por maconha.

A autoria também é certa.

O acusado Wagner Alves da Silva, interrogado em juízo, confessou os fatos, dizendo que era usuário de droga (crack), e praticava o crime de tráfico para manter seu vício, apontou ainda que vendia a droga em sua casa, já algum tempo, sendo dois a três meses.

[...]

Desta forma, a confissão do réu converge com o conjunto probatório, pois vai ao encontro do depoimento da testemunha, dizendo ainda que é usuário de crack e que praticava o tráfico para alimentar seu vício, apontando sua casa como local do comércio.

[...]

Sendo assim, a condenação é medida que se impõe.

Passo a dosar-lhe a pena.

Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base um sexto acima do mínimo legal, devido à quantidade de droga apreendida, bem como os acessórios, demonstrando a atividade criminosa de tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento de penal. Aplicável a diminuição prevista no §4º, art. 33 da Lei de Drogas por se tratar de acusado primário e de bons antecedentes. O montante da redação, entretanto, se dá em um sexto diante e as circunstâncias do delito, sobretudo a alta quantidade de droga apreendida.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva, a fim de condenar WAGNER ALVES DA SILVA JÚNIOR como incurso nas sanções do art. 33, caput da Lei 11.343/06, ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão mais ao pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa (fls. 20/24).

Acórdão:

[...]

Ao ser ouvido em audiência, o acusado admitiu os fatos, sem titubeios.

Wagner declarou ser usuário de entorpecentes e que praticava o tráfico na sua casa já há alguns meses, para poder sustentar seu vício.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Ela, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Donde o quadro probatório indicar como autor do delito exatamente aquele que apontado e responsabilizado.

Condenação, portanto, inevitável.

"Quantum satis".

Apenamento.

Base fixada com adequado acréscimo na fração de 1/6, como bem fundamentou a origem – levando em consideração a quantidade das drogas apreendidas.

Tudo em plena consonância com o disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/2006.

E não se poderia considerar "confissão espontânea" para redução de penas, porque isso não se vê nos autos.

Afinal, tecnicamente, espontânea é aquela em que o agente, independentemente do concurso da autoridade, busca esta para admitir o delito, coisa aqui de longe bem acontecida.

[...]

Detido somente em razão da eficiente ação dos Policiais Militares, o acusado permaneceu silente na fase inquisitiva (f. 7).

Isto não equívale à confissão espontânea, dessarte.

Após, ressaltada pela origem a primariedade e os bons antecedentes do réu, aplicação do redutor mínimo, em razão do disposto no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas.

Redução esta aplicada de forma extremamente benevolente.

"Data venia".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afinal, da forma como se fez e alguns fazem, o apenamento fica mais leve do que anteriormente existia na legislação revogada, olvidando-se que a novel legislação veio em verdade recrudescer a situação dos traficantes – nada se podendo fazer, por aqui, à míngua de reclamo ministerial, sob pena de se incorrer em 'reformatio in pejus'.

Por isso – ao contrário do alegado pela defesa – já saiu em muito beneficiado o acusado, não havendo que se perquirir aqui na aplicação de fração maior do que a concedida na origem.

Quanto ao regime, outro não poderia ser que não o inicial fechado.

Não obstante decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com declaração da inconstitucionalidade – incidentalmente –, do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não há como aplicar, "in casu", regime inicial menos severo.

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

E também se sabe, malgrado a edição da Súmula nº 719, pela Corte Máxima, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando devidamente justificado.

Exatamente como na espécie.

Afinal, o acusado foi surpreendido, aqui, a dispor à comercialização, além de maconha, de entorpecentes de natureza nefasta: cocaína e "crack" – de implacável torpor violento e desmedido, alterador de razões, debilitante do corpo e de desestruturação mental.

Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridam - em plena confiança de impunidade – a ordem jurídica em que a legislação se sustenta (fls. 57/60).

Da leitura desses trechos, observo que o paciente confessou a prática do delito, afirmando, inclusive, que traficava há mais ou menos 3 meses. Essa confissão foi utilizada como elemento de convicção pelo Magistrado, configurando, portanto, a referida atenuante.

Por outro lado, não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade de droga na primeira e terceira fases, porque, nessa última, foram consideradas também as demais circunstâncias do delito, o qual vinha sendo praticado há alguns meses. Esse grau de dedicação à atividade criminosa justifica a incidência da fração mínima, embora devesse ter sido utilizado para não aplicar a minorante.

Por último, a quantidade e variedade de drogas apreendidas – 19,75g de cocaína, 302,94g de crack e 949,81 de maconha – constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

[...]

5. In casu, o magistrado primevo fixou a pena-base acima do mínimo legal (7 anos), considerando a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas e o "alto poder de destruição da cocaína", e reconheceu o tráfico privilegiado, diminuindo a pena em 1/6, também com fundamento na quantidade e na variedade de entorpecentes.

6. O Tribunal a quo, ao julgar apelação exclusiva da defesa, concluiu que o paciente tem envolvimento com organização criminosa, mas manteve o quantum de redução aplicado para não agravar a situação do apelante, justificado não apenas na quantidade e na variedade das drogas apreendidas, mas em outros elementos concretos, não havendo que se falar em bis in idem, nem tampouco em reformatio in pejus.

7. A jurisprudência nesta Corte se firmou no sentido de que a mera alusão à gravidade genérica do delito não constitui fundamento idôneo para justificar a escolha do regime mais gravoso. Precedentes.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo decida, com fundamentação em dados concretos, sobre o regime inicial para cumprimento da pena, considerando o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 303.958/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 15/12/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARTIGOS 59 DO CÓDIGO PENAL - CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REVISÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. A Corte de origem aplicou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no mínimo de 1/6, considerando que o envolvimento dos sentenciados com organização criminosa foi ocasional, estando devidamente justificado o quantum de diminuição no caso concreto .

3. O julgador estabeleceu o regime inicial fechado, a partir de motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a quantidade e variedade da droga apreendida (cerca de 15Kg de "maconha", 346g de cocaína e 25,8g de THC), que evidencia a maior ousadia e periculosidade dos recorrentes, exatamente em conformidade com o disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 769.707/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016)

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

[...]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

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 quantidade e a natureza das drogas apreendidas em poder do paciente justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 357.057/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Passo à nova dosimetria da pena.

A pena-base foi aumentada em 1/6, chegando a 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa. Reconhecida a confissão espontânea, reduzo-a em idêntica fração (1/6), alcançando o patamar de 4 anos, 10 meses e 10 dias, mais 486 dias-multa. Por fim, em razão da incidência da minorante prevista no § 4º, em 1/6, fixo a pena definitiva em 4 anos e 18 dias de reclusão, em regime fechado, mais 405 dias-multa.

Mantida a reprimenda acima de 4 anos, fica prejudicado o pedido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição por medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0100194-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 398.299 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00171925220148260196 171925220148260196 20170000050613 31832014

EM MESA

JULGADO: 08/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO - SP259026
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER ALVES DA SILVA JUNIOR

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.