



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.822 - SP (2017/0135864-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GABRIEL MARTINS FURQUIM
ADVOGADOS : JOSÉ PEDRO SAID JÚNIOR - SP125337
PAULO ANTONIO SAID - SP146938
GABRIEL MARTINS FURQUIM - SP331009
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONE ALVES RODRIGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. ENUNCIADO N.º 545/STJ SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. CONCESSÃO PARCIAL.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminoso – 4 tijolos de cocaína (4,3kg), 6 sacos de cocaína (3,60 kg), mais sacos plásticos contendo 116 porções de 'crack' (590g), e 585 porções de cocaína (354g) – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. Não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade e variedade drogas apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender a Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Inteligência do enunciado n.º 545 da súmula desta Corte Superior de Justiça.

6. 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. *In casu*, tendo a pena do paciente alcançado 8 anos e 4 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

7. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de reduzir a pena do paciente pelo delito de tráfico de drogas para 8 anos e 4 meses de reclusão e 833 dias-multa, que, somada às penas referentes aos delitos de posse ilegal de arma de fogo e falsa identidade, perfaz o total de 11 anos e 4 meses de reclusão e 3 meses de detenção, mais 843 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 06 de fevereiro de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.822 - SP (2017/0135864-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GABRIEL MARTINS FURQUIM
ADVOGADOS : JOSÉ PEDRO SAID JÚNIOR - SP125337
PAULO ANTONIO SAID - SP146938
GABRIEL MARTINS FURQUIM - SP331009
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONE ALVES RODRIGUES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RONE ALVES RODRIGUES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação criminal n.º 0034177-51.2014.8.26.0114).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 30.4.2015, à pena total de 13 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.010 dias-multa, mais 3 meses de detenção, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, art. 16, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, e art. 307, na forma do art. 69, ambos do Código Penal - Autos n.º 0034177-51.2014.8.26.0114, da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas/SP.

Confira-se excerto do édito condenatório, *in verbis*:

(...)

Posto isso, julgo a presente ação penal PARCIALMENTE PROCEDENTE para:

(...)

3- Condenar o acusado RONE ALVES RODRIGUES, RG. nº 42.144.419, como incurso nas penas do artigo 33, '*caput*', da Lei nº 11.343/2006, do artigo 16, '*caput*', da Lei 10.826/03, e do artigo 307, do Código Penal, na forma do artigo 69, do Código Penal.

Fixo a pena-base, pelo crime de tráfico, em 10 (DEZ) ANOS DE RECLUSÃO, o dobro do mínimo legal, em razão da grande quantidade de droga apreendida, a demonstrar o grau de perniciosidade da conduta e vontade de delinquir do acusado, no segundo momento de fixação de pena, ante a inexistência de circunstâncias modificadoras, mantenho-a no patamar fixado, e, no terceiro momento de fixação de pena, deixo de reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ainda em razão da grande quantidade de droga apreendida, pelo que torno-a definitiva em 10 (DEZ) ANOS DE RECLUSÃO.

Fixo, ainda, a pena pecuniária, pelo crime de tráfico, em 1.000 (UM MIL) DIAS-MULTA, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado.

Fixo a pena-base, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo, em 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, no segundo momento de fixação de pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deixo de atenuá-la pela confissão espontânea do acusado, por já tê-la fixado no mínimo legal, e, no terceiro momento de fixação de pena, ante a ausência de causas alteradoras, torno-a definitiva em 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO.

Fixo, ainda, a pena pecuniária, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo, em 10 (DEZ) DIAS-MULTA, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado.

Fixo a pena-base, pelo crime de falsa identidade, em 03 (TRÊS) MESES DE DETENÇÃO, no segundo momento de fixação de pena, deixo de atenuá-la pela confissão espontânea do acusado, por já tê-la fixado no mínimo legal, e, no terceiro momento de fixação de pena, ante a ausência de causas alteradoras, torno-a definitiva em 03 (TRÊS) MESES DE DETENÇÃO.

Nos termos do artigo 69, do Código Penal, somo as penas do acusado, culminando pela condenação a 13 (TREZE) ANOS DE RECLUSÃO, 03 (TRÊS) MESES DE DETENÇÃO e, ainda, 1.010 (UM MIL E DEZ) DIAS-MULTA, nos parâmetros acima fixados.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, pelo crime de tráfico, deverá ser o fechado, já que a prática criminosa, perpetrada pelo réu, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram 'coragem' para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, também, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Também como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Por todos esses motivos e, ainda, em razão do *quantum* da pena imposta, é que se fixa o REGIME FECHADO para o início do cumprimento da pena.

O acusado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo, em regime FECHADO, ante sua condenação, também, pela prática de crime de tráfico, a demonstrar possuir personalidade voltada para a prática de graves crimes.

O acusado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, pelo crime de falsa identidade, em regime SEMIABERTO, ainda em razão de sua condenação pela prática de grave crime de tráfico (fls. 45/47).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, na data de 7.6.2016. Eis a ementa do aresto:

Tráfico de entorpecentes, porte de arma de uso restrito e falsa identidade, tudo em concurso material (art. 33, '*caput*', art. 16, '*caput*', da Lei n.º 10.826/03, e art. 307, tudo na forma do art. 69, ambos do Código Penal). Crimes caracterizados, integralmente. Flagrante inquestionável. Acervo investigativo incriminador. Apreensão de anotações da traficância e sacolas para transporte de drogas, com resquícios de entorpecentes. Acondicionamento, variedade e quantidade de drogas que revelam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercancia ilícita como finalidade. Localização em parede falsa de imóvel. Apreensão de balanças, máscara e sacolas com resquícios de drogas. Aparato destinado ao fracionamento e individualização de narcóticos. Porte de arma flagranciado. Palavras coerentes e incriminatórias dos Policiais Civis. Confissão em Juízo. Responsabilização inevitável. Consunção inaplicável. Dolo distinto para cada conduta. Posse de arma desvinculada da traficância. Inocorrência do tráfico com emprego de arma. Crimes ocorridos distintamente, ademais. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento criterioso. Tráfico. Base majorada. Quantidade e natureza dos entorpecentes. Posse de apetrecho para fracionamento da droga. Circunstâncias que demandam tratamento mais gravoso. Impossibilidade de redução. Confissão parcial quanto ao tráfico. Espontaneidade, ademais, não caracterizada. Inaplicabilidade do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Estrutura para a traficância, ademais. Porte de arma de fogo de uso restrito e falsa identidade. Bases no mínimo. Confissão incapaz de reduzir as penas aquém do mínimo. Critério da origem respeitado. Regime fechado único possível. '*Quantum*' elevado da pena corporal. Circunstâncias nefastas, ademais. Regime semiaberto à falsa identidade adequado. Apelo improvido (fls. 19/20).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 620/626).

No presente *mandamus*, os impetrantes sustentam que careceu de fundamentação idônea a exasperação da pena-base, eis que apenas uma circunstância judicial foi valorada negativamente.

Invocam o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Pugnam pelo reconhecimento da circunstância atenuante da confissão.

Asserem ser cabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, argumentando que a mera quantidade de entorpecentes não é suficiente para afastar a incidência da minorante.

Pontuam que "a quantidade e a variedade de droga foram utilizadas em duas fases da fixação da pena, o que caracteriza *bis in idem*" (fl. 15).

Postulam que, "retificada a pena, seja fixado regime prisional compatível com a quantidade de pena redimensionada, além de, se for possível, a conversão da reprimenda corporal em restritiva de direitos" (fl. 17).

Requerem, liminarmente e no mérito, "seja concedida a ordem pleiteada para o fim de reduzir a pena-base, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e aplicar a causa de diminuição em patamar máximo, além de alterar o regime e a corporal para restritiva de direitos" (fl. 17).

A liminar foi indeferida às fls. 906/909.

Foram prestadas informações às fls. 914/945 e 947/965.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Humberto Jacques de Medeiros, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 967/972).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.822 - SP (2017/0135864-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. ENUNCIADO N.º 545/STJ SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. CONCESSÃO PARCIAL.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 4 tijolos de cocaína (4,3kg), 6 sacos de cocaína (3,60 kg), mais sacos plásticos contendo 116 porções de 'crack' (590g), e 585 porções de cocaína (354g) – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. Não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade e variedade drogas apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender a Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

5. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Inteligência do enunciado n.º 545 da súmula desta Corte Superior de Justiça.

6. 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. *In casu*, tendo a pena do paciente alcançado 8 anos e 4 meses de reclusão, não é possível a pretendida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

7. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de reduzir a pena do paciente pelo delito de tráfico de drogas para 8 anos e 4 meses de reclusão e 833 dias-multa, que, somada às penas referentes aos delitos de posse ilegal de arma de fogo e falsa identidade, perfaz o total de 11 anos e 4 meses de reclusão e 3 meses de detenção, mais 843 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença as partes em que *ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Motivação da sentença condenatória e o habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.

A título ilustrativo, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Colegiado estadual acerca da dosimetria do paciente:

Apenamento irretocável.

Quanto ao tráfico, fixada a base, acertadamente e justificadamente acima do mínimo legal, em 10 anos de reclusão, mais 1.000 dias-multa, no piso.

Majoração justificada em atenção à quantidade, diversidade e à natureza dos narcóticos apreendidos – 4 tijolos de cocaína (4,30 kg), 6 sacos de cocaína (3,60 kg), mais sacos plásticos contendo 116 porções de 'crack' (590 gramas), além de 585 porções de cocaína (354 gramas).

Ou seja, mais de 8 kg de entorpecentes.

E além disto, mais 2 vidros de éter, 2 balanças, sacos plásticos diversos, bem como bacias, peneiras, mais duas balanças, calculadora, máscaras e painéis com resquícios de cocaína.

Ora.

Evidentemente, repita-se, preparava e embalava narcóticos no local, individualizando as porções e promovendo parte estrutural e relevante na cadeia da traficância.

Donde haver circunstâncias, 'in casu', que demandam tratamento mais gravoso.

Tudo em atenção ao art. 42 da Lei de Drogas.

À segunda fase, não há como reconhecer-se a confissão espontânea.

A uma porque, distante de espontânea, somente aparece em Juízo, após preso e processado criminalmente.

Inocorrente, portanto, a espontaneidade de o agente procurar a Autoridade Policial para admitir o crime.

A duas em razão de ser confissão parcial, em que o acusado alega que "apenas" guardava drogas para terceiros, buscando esquivar-se de maior responsabilização.

Daí que não se caracteriza a confissão espontânea por aqui.

À derradeira, não há jamais como aplicar-se a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, como bem entendeu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem.

Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação anti-drogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la mais benéfica e em favor dos acusados ("lex mitior"), porque meramente facultativa a situação ("...as penas poderão ser reduzidas..." g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, muito mais aqui, evidentemente, face à tamanha posse e guarda de narcóticos de naturezas diversas e nefastas, além de diversos utensílios para confecção de porções comercializáveis da droga.

Ademais, a posse de balanças de precisão, bacias e máscara, a indicar as proporções comercializáveis que o fracionamento da droga traria, tomando-se apta a uma considerável e vultosa distribuição.

Além da observação policial de constante visita do acusado ao imóvel, com dispensa de anotações da traficância e sacos usados para transporte de drogas.

Tudo, enfim, a evidenciar que se dedicava à mercancia ilícita com verdadeira habitualidade.

O que, só por si, impede a benesse.

A revelar severo envolvimento na atividade criminosa.

Tudo a comprovar, enfim, que não pode – nem deve – ser tratado igualmente a outros.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, impossível a redução das penas ao acusado (fls. 29/31) (grifou-se).

Verifica-se que foram adotados elementos concretos para justificar a primeira fase da dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 4 tijolos de cocaína (4,3kg), 6 sacos de cocaína (3,60 kg), mais sacos plásticos contendo 116 porções de 'crack' (590g), e 585 porções de cocaína (354g) (fl. 57) –, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, não se vislumbra manifesta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal a ensejar a concessão da ordem, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.447/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis a diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e crack), o que não se mostra desproporcional.

4. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.489/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a invocação da quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.967/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

No mais, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

No caso em comento, verifica-se que o Tribunal *a quo*, com arrimo em elementos concretos dos autos – dentre eles, mas não somente, a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas –, negou a incidência da causa especial de redução de pena por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual não faria jus à benesse.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente se dedicava às atividades criminosas - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Outrossim, não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base deu-se em razão da quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender a Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REINCIDÊNCIA E ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCENTE. NÃO APLICAÇÃO. RÉ QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INADMISSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias 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 o aumento da pena-base pela aferição desfavorável da quantidade e da variedade de drogas (45 porções de cocaína e 1.698 Kg de maconha, em forma de tijolo, e mais 372 gramas de maconha) está desproporcional, tendo em vista as demais vertentes favoráveis aos pacientes e às penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito (5 a 15 anos de reclusão), razão pela mostra-se suficiente à reprovação do fato, o deslocamento da reprimenda inicial em dois anos de reclusão.

4. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

5. Tratando-se o paciente Júlio César de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Precedente.

6. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

7. Concluído pelo Tribunal de origem que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, tendo em vista a variada e significativa quantidade de drogas, assim como sua própria confissão, é inadmissível o reconhecimento do tráfico privilegiado. A modificação desse entendimento a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus (Precedentes).

8. **Não há se falar em *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação da agente ao tráfico ilícito de entorpecentes.** Precedentes.

9. A reincidência do paciente Júlio Cesar obsta o reconhecimento do tráfico privilegiado, em razão da falta do atendimento dos requisitos legais.

10. Readequada a pena dos pacientes para 7 anos (Júlio César) e 5 anos e 10 meses de reclusão (Amanda Ferreira), o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) deve ser mantido, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta aos pacientes, resultando definitiva em 7 anos de reclusão para Júlio César Silvério de Paula e 5 anos e 10 meses de reclusão para Amanda Ferreira Xavier.

(HC 363.600/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017) (grifou-se)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. **Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito de tráfico de drogas, 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 380.402/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017) (grifou-se)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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 entorpecentes 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. Configura, no entanto, indevido bis in idem a utilização de tal circunstância para fundamentar o aumento da pena-base e, também, justificar o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- **No caso, não se operou o vedado bis in idem. Isso porque, foram utilizados dois fundamentos diversos para exasperar a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena na primeira fase e arbitrar o redutor na terceira fase da dosimetria da pena. A pena-base se afastou do mínimo legal com fundamento na diversidade/nocividade das drogas, sendo que a quantidade dos entorpecentes apreendidos é que foi utilizada para fundamentar uma redução menor que a máxima.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 381.333/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017) (grifou-se)

No que tange à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão espontânea, cumpre transcrever excerto da sentença condenatória:

Rone, por seu turno, confessa, em verdade, parcialmente a prática de crime de tráfico, na medida em que afirma que, efetivamente, estava a traficar, porque alegou que, ao menos, guardava as drogas ilícitas para terceira pessoa (fl. 42).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou acerca do tema:

À segunda fase, não há como reconhecer-se a confissão espontânea.

A uma porque, distante de espontânea, somente aparece em Juízo, após preso e processado criminalmente.

Inocorrente, portanto, a espontaneidade de o agente procurar a Autoridade Policial para admitir o crime.

A duas em razão de ser confissão parcial, em que o acusado alega que "apenas" guardava drogas para terceiros, buscando esquivar-se de maior responsabilização.

Daí que não se caracteriza a confissão espontânea por aqui (fl. 30).

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...) RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, AINDA QUE QUALIFICADA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 545/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

V - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. A teor do tema, a Súmula n. 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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 396.287/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 22/11/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS POR SER PARCIAL. RECONHECIMENTO PELO RÉU DE NUCLEAR COMUM AOS DELITOS CAPITULADOS NOS ARTS. 28 E 33 DA LEI DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PELO JULGADOR PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA BENESSE EM OBSERVÂNCIA AO ENUNCIADO DA SÚMULA 545 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A orientação desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.

2. Se a reprimenda deve ser atenuada mesmo em se tratando de confissão qualificada, casos nos quais, sendo acolhida a versão apresentada pelo réu, este ficará livre de pena, com maior razão deve-se aplicar a benesse nas hipóteses em que o agente, ao realizar a confissão parcial, reconhece a prática de crime diverso, embora menos grave.

3. À luz da orientação firmada na Súmula 545/STJ, decisivo para a incidência da atenuante da confissão espontânea será o fato de ter o julgador utilizado ou não a confissão do réu, mesmo que parcial, para embasar o decreto condenatório.

4. No caso dos autos, a inicial acusatória imputou ao acusado as condutas de adquirir, trazer consigo e guardar cerca de 500g de maconha. Ouvido em juízo, embora alegando a destinação para uso próprio, o réu admitiu ser o dono da droga guardada no imóvel em que residia juntamente com outras pessoas, e tal circunstância foi considerada para embasar o decreto condenatório, sendo, pois, de rigor a aplicação da atenuante à hipótese sob exame.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1571374/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO QUALIFICADA UTILIZADA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO. ATENUANTE RECONHECIDA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. PENA REDUZIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Em relação à atenuante da confissão, cabe ressaltar que, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial, ou ainda que acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, for utilizada para fundamentar a condenação, é incabível o afastamento da respectiva atenuante. Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte. Precedentes.

- No caso, a confissão do paciente, apesar de acompanhada de tese exculpante, foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, de modo que deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP, com a consequente compensação com a agravante da reincidência, pois a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, reduzindo as penas do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 409.119/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017)

Nesse sentido, inclusive, é o teor do enunciado n.º 545 da súmula deste Superior Tribunal de Justiça:

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.

Dessarte, na espécie, tendo a confissão, conquanto parcial, influenciado na formação convicção do Magistrado de origem, deve ser reconhecida como circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena,

Passo, pois, ao redimensionamento da reprimenda:

Na primeira fase, mantenho a pena-base do delito de tráfico em 10 anos de reclusão e 1.000 dias-multa. Na segunda etapa, incide a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual reduzo a reprimenda em 1/6, o que perfaz **8 anos e 4 meses de reclusão e 833 dias-multa**, a qual torno definitiva, ante a ausência de outras atenuantes, agravantes e de causas de diminuição e de aumento de pena.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a pena do paciente foi fixada em 8 anos e 4 meses de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto no cumprimento da pena.

(HC 373.574/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

10. Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão e ostenta circunstância judicial desfavorável (tanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal), dúvidas não há de que o regime inicial fechado é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

11. Não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a condenado ao cumprimento de reprimenda superior a 4 anos de reclusão, por ausência de preenchimento do requisito objetivo.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial de cumprimento de pena. Com efeito, a reprimenda corporal foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alíneas "b" e "c", do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de reduzir a pena do paciente pelo delito de tráfico de drogas para 8 anos e 4 meses de reclusão e 833 dias-multa, que, somada às penas referentes aos delitos de posse ilegal de arma de fogo e falsa identidade, perfaz o total de 11 anos e 4 meses de reclusão e 3 meses de detenção, mais 843 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0135864-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 402.822 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00341775120148260114 15192014 20160000391943 341775120148260114

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL MARTINS FURQUIM
ADVOGADOS : JOSÉ PEDRO SAID JÚNIOR - SP125337
PAULO ANTONIO SAID - SP146938
GABRIEL MARTINS FURQUIM - SP331009
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONE ALVES RODRIGUES

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.