



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.389 - SP (2012/0230642-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : IGOR ANDRÉ ARENAS CONDE MENECELLI
ADVOGADO : IGOR ANDRÉ ARENAS CONDE MENECELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE GARCIA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão das circunstâncias da prática do delito, que evidenciam a prática de tráfico em larga escala, as quais notoriamente extrapolam aquelas normais à espécie.

2. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo provatório, embasando a condenação, mostra-se obrigatória a atenuação da pena, a teor do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse.

4. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. O Paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não preencher os requisitos previstos nos incisos I e III do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, nos termos explicitados no voto.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de junho de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.389 - SP (2012/0230642-9)

IMPETRANTE : IGOR ANDRÉ ARENAS CONDE MENECELLI
ADVOGADO : IGOR ANDRÉ ARENAS CONDE MENECELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE GARCIA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE GARCIA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0048512-15.2010.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito no dia 24/06/2010, por trazer consigo e ter em depósito, para consumo de terceiros, 12 (doze) invólucros plásticos com 18g (dezoito gramas) de "maconha", sem determinação e em desacordo com determinação legal e regulamentar. O Acusado também possuía e mantinha sob sua guarda, no interior de sua residência, *"uma espingarda, calibre 12, desmontada, sem marca aparente, de numeração raspada, quarenta e um (41) cartuchos íntegros, calibre 12, das marcas CBC e Winchester, de uso permitido, um (01) cartucho íntegro, calibre 380, da marca CBC, de uso permitido e um (01) cartucho deflagrado, calibre 40, da marca CBC, de uso permitido, além de um (01) porta cartuchos calibre 12, em desacordo com determinação legal ou regulamentar"* (fl. 26).

Finda a instrução criminal, o Paciente foi condenado, na Ação Penal n.º 050.10.048512-0, da Décima Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa, sendo absolvido das demais imputações tipificadas na Lei n.º 10.826/2003, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, vedado o recurso em liberdade.

Inconformada, a Defesa interpôs apelação criminal, à qual o Tribunal de origem negou provimento.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Em face desse acórdão, a Defesa interpôs recurso especial, o qual não foi admitido no Tribunal *a quo*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Interposto o Agravo em Recurso Especial n.º 199.734/SP, este não foi conhecido, por intempestividade, ocorrendo o trânsito em julgado do *decisum* em 24/09/2012.

No presente *writ*, pleiteia-se, em liminar e no mérito, a reforma da dosimetria da pena do ora Paciente nos seguintes termos:

- a) a redução da pena-base do Paciente;
- b) o reconhecimento da confissão espontânea;
- c) a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006;
- d) a fixação do regime prisional aberto; e
- e) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. /.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 422/424, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 470/475, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.389 - SP (2012/0230642-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão das circunstâncias da prática do delito, que evidenciam a prática de tráfico em larga escala, as quais notoriamente extrapolam aquelas normais à espécie.

2. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo provatório, embasando a condenação, mostra-se obrigatória a atenuação da pena, a teor do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse.

4. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. O Paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não preencher os requisitos previstos nos incisos I e III do art. 44 do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, nos termos explicitados no voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

O Juízo de primeiro grau, referendado pelo Tribunal de origem, individualizou a reprimenda do Paciente nos seguintes termos, *ad litteram*:

"[...]

Por estes motivos afasta-se as teses de defesa e passa-se à fixação da pena.

O réu é primário e sem antecedentes. Porém, como visto acima, com o réu foram apreendidas anotações de contabilidade onde consta, por exemplo, que no dia 19.06.2010 o réu realizou vendas de R\$ 8.600,00, indicando tráfico de grande quantidade que poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.

O fato de ser primário e não ostentar antecedentes não afasta o aumento, visto a maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente tendo-se em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que determina a preponderância da natureza e quantidade da substância sobre as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

Desta forma fixo a pena base, que torno definitiva à míngua de outros elementos, em oito anos de reclusão e no pagamento de oitocentos dias-multa, fixados no mínimo legal e corrigidos do trânsito em julgado desta.

Não é possível a aplicação do artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 ao réu.

O réu declarou-se desempregado, sendo apreendido com drogas, arma (ainda que quebrada) e munição, além de quantia em dinheiro.

Também apreendida contabilidade de valor alto, deixando patente que exercia o tráfico como forma de sustento, o que impede a concessão do benefício, posto que o réu dedicava-se às atividades criminosas.

"[...]

A Lei 11.464, de 28 de março de 2007, alterou o artigo 2.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.

Com a alteração, o artigo 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 determina que a pena dos crimes hediondos deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Ora, devendo ser cumprida inicialmente no regime fechado implica em dizer que todo crime hediondo iniciará, obrigatoriamente, no regime fechado.

A leitura do § 2.º, do mesmo Dispositivo Legal, que indica ser necessário o cumprimento de, no mínimo, dois quintos, para a progressão, confirma tal entendimento.

Ademais, pelo quantum de pena imposto e pela circunstância que indica que o réu exerce o tráfico profissionalmente, o regime fechado é o único adequado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, deverá o réu iniciar, obrigatoriamente, a pena no regime fechado." (Fls. 444/442)

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Ora, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, constata-se que a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, mormente em virtude das circunstâncias do delito, que evidenciam a prática de tráfico em larga escala, as quais notoriamente extrapolam aquelas normais à espécie.

Ademais, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no crime de tráfico de drogas, a quantidade da substância entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, dado o maior grau de censurabilidade da conduta.

E, ainda, segundo o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente devem ser consideradas, **com preponderância** sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, no momento da fixação das penas.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (17 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade a conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. *As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que a Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, considerando a dinâmica do fato delituoso, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 181.716/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. CULPABILIDADE INTENSA. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. *Mostra-se devidamente fundamentada a sentença condenatória que exasperou a pena-base por considerar desfavoráveis os antecedentes e a personalidade do paciente, haja vista a existência de vários registros criminais não impugnados na impetração.*

2. ***A grande quantidade de droga (18 kg de maconha) justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, destacando-se, inclusive, que tal circunstância, assim como a personalidade e a conduta social, prepondera sobre as demais previstas no art. 59 do Código Penal, a teor do art. 42 da Lei nº 11.343/06.***

3. *Merece reparo o ponto da sentença que exacerbou a sanção, em razão da culpabilidade, com afirmações genéricas e abstratas relacionadas à gravidade do crime, não se referindo a qualquer peculiaridade do caso concreto, mas a circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal de tráfico de drogas.*

4. *Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente a 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos), mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.*" (HC 94.179/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 29/03/2010; sem grifo no original.)

Desse modo, inexistindo flagrante ilegalidade na fixação da pena-base, o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A MUNIÇÕES APREENDIDAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PENA BASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

[...]

2. **Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes.**

3. No caso, para exacerbação da pena acima do mínimo, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem consideraram como desfavoráveis as circunstâncias do crime, apontando elementos concretos para justificar a exasperação, quais sejam, a grande quantidade de acessórios e de munição de arma de fogo de uso restrito de diversos calibres e modelos, que formava um verdadeiro arsenal, utilizado para garantir a atividade de tráfico de drogas.

4. *Ordem denegada.*" (HC 123.573/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Não se observa violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal quando há fundamentação em dados concretos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da existência de maus antecedentes.

3. A legislação penal brasileira não prevê critérios objetivos para a fixação da pena-base.

4. O simples fato de existir apenas uma circunstância judicial desfavorável não impõe, necessariamente, que a reprimenda básica seja fixada próxima ao mínimo legal. A contrario sensu, a existência de diversas circunstâncias contrárias ao réu não implica a obrigatoriedade de aplicar a pena-base próxima ao patamar máximo.

5. **Mostra-se incabível rever a extensão do aumento da pena-base, quando devidamente fundamentada, pois tal proceder implicaria aprofundada valoração do conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível de ser realizada em sede de habeas corpus.**

6. As circunstâncias avaliadas pelo juiz na fixação da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

básica devem ser consideradas também na fixação do regime de cumprimento da reprimenda, razão por que inexistente constrangimento ilegal na aplicação de regime mais rigoroso, caso alguma das circunstâncias judiciais assim o recomende (art. 33, § 3º, do Código Penal).

7. Não tendo a controvérsia relativa ao reconhecimento da confissão espontânea sido objeto de debate e julgamento por parte do Tribunal de origem, o exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, ocasionaria indevida supressão de instância.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 131.765/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 03/08/2009; sem grifo no original.)

No tocante ao pretendido reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, verifica-se que a confissão do Acusado, embora tenha sido levada em consideração pelo Juízo Sentenciante para embasar a condenação, não foi sopesada na aplicação da pena. Confira-se:

"[...]

O réu confessou que estaria traficando, sendo a quantia produto do crime. Informou que buscava a droga em cidade do litoral para revendê-la.

Também comunicou que havia mais material ilícito no interior da residência. Em revista na residência, cuja entrada foi autorizada pelo réu, foi encontrada a arma e munições mencionadas na denúncia.

A espingarda estava desmontada em baixo da cama, estando com a numeração suprimida.

Por fim, também foram encontrados cadernos e agendas com anotações sobre valores e nomes de pessoas.

"[...]

Desta forma, demonstrada a autoria." (Fls. 428/429)

Constata-se, pois, que a reprimenda do Paciente comporta reparos, tendo em vista que, se a confissão espontânea do Acusado foi utilizada para corroborar o acervo provatório, embasando a condenação, mostra-se obrigatória a atenuação da pena, a teor do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, sendo irrelevante a posterior retratação em juízo.

Confira-se, nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM IMPROCEDENTE. CONFISSÃO PARCIAL E PRIMARIEDADE DO PACIENTE. LEI Nº 9.455/97. CRIME HEDIONDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE FECHADO. A sentença condenatória atendeu plenamente ao denominado sistema trifásico de aplicação da pena. A qualificação do paciente como mentor intelectual da ação criminosa não caracteriza bis in idem, eis que admitida como circunstância agravante. Para a exacerbação da pena-base, levou-se em conta a personalidade e a conduta social desabonadoras do agente. A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, ex vi do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória. Precedentes. A primariedade, sendo atenuante facultativa-inominada, permite ao juiz considerar aspectos outros que imputem maior culpabilidade ao réu, tornando incompatível a incidência dessa atenuante. O tratamento dado ao crime de tortura pela Lei nº 9.455/97, que prevê o regime inicialmente fechado de cumprimento de pena, não se aplica aos demais crimes hediondos, permanecendo inalterado o tratamento dispensado pela Lei nº 8.072/90. Precedente. Pedido parcialmente deferido, a fim de que seja reconhecida, pelo juízo condenatório, a atenuante referente à confissão espontânea." (STF, HC 82.337/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 04/04/2003; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS" - RÉU PRIMÁRIO - EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NA EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM CURSO CONTRA OUTRA PESSOA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA - PEDIDO DEFERIDO. - A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrario implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos reus ou dos indiciados (CF, art. 5., LVII). E inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento -, a ostentar o "status" jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído. - A confissão espontânea da autoria do crime, pronunciada voluntariamente, ou não, pelo réu, perante a autoridade pública, atua como circunstancia que sempre atenua a pena, "ex vi" do que dispõe o art. 65, III, "d", do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei 7.209/84. Essa circunstancia atenuante obrigatória não pode conduzir, no entanto, a redução da pena já fixada no mínimo legal." (STF, HC 68.641/DF, 1.^a Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 05/06/92; sem grifos no original.)

No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO. CONFISSÃO UTILIZADA NA SENTENÇA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1 - Utilizada pelo Magistrado na sentença condenatória a confissão realizada pela acusada como prova da ocorrência do delito e como elemento de formação da sua convicção, é de rigor, no cálculo da fixação da pena, o reconhecimento e a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea d, do Código Penal, pouco importando se a confissão foi parcial ou integral, ou se houve a sua retratação em juízo. Precedentes.

2 - Agravamento regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 146.240/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Desembargador Convocado do TJ/CE, DJe de 01/02/2010; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. NÃO INTEGRALIDADE E RETRATAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIAS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. REDUÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP.

1. Tendo o paciente, acusado de tráfico de drogas, confessado perante a autoridade policial que o entorpecente lhe pertencia, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, merece reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, III, d, do CP, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo.

2. A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo, especialmente diante das particularidades do caso em questão, gerar compensação. Exegese do art. 67 do Código Penal. Precedentes da Quinta Turma.

3. Ordem concedida para reconhecer e aplicar a atenuante do art. 65, III, d, do CP, em favor do paciente, reduzindo-se a pena imposta, que resta definitiva em 6 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, mantidos, no mais a sentença e o acórdão objurgados." (HC 129.110/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 13/10/2009; sem grifo no original.)

Portanto, considerando a pena-base fixada pelo Juízo de primeiro grau, aplica-se a atenuante da confissão espontânea a fim de reduzir as penas do Acusado para **07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa**, a qual se torna definitiva, à míngua de outras circunstâncias modificadoras da pena.

Ainda sobre a dosimetria, cumpre salientar que, nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, conforme se constata das transcrições realizadas, verifica-se que o benefício foi negado ao Paciente mediante fundamentação idônea, restando justificada a não incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.

3. A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver." (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

No tocante ao regime de cumprimento de pena, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente, preso em flagrante delito no dia 26/01/2011, foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Na espécie, a natureza da droga apreendida - 44 (quarenta e quatro) porções de "cocaína" acondicionadas em pequenos tubos do tipo "eppendorf", com peso líquido de 33,4 (trinta e três gramas e quatro decigramas) -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem como para estabelecer o regime prisional adequado." (HC 245.858/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/03/2013.)

Assim, deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Súmula n.º 440 do STJ)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 STF)

Na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Outrossim, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche o requisito previsto nos incisos I e III do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo as penas do Paciente para 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0230642-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 258.389 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10632010 485121520108260050 50100485120

EM MESA

JULGADO: 11/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : IGOR ANDRÉ ARENAS CONDE MENECELLI
ADVOGADO : IGOR ANDRÉ ARENAS CONDE MENECELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE GARCIA

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.