HABEAS CORPUS Nº 472.461 - SP (2018/0259910-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FREDERICO TEUBNER DE ALMEIDA E MONTEIRO - SP236799 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUIS HENRIQUE ARAUJO FELIPE (PRESO)
PACIENTE	:	PAULO HENRIQUE DA SILVA SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. UTILIZAÇÃO EM DUAS FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIS HENRIQUE ARAUJO FELIPE e PAULO HENRIQUE DA SILVA SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento aos apelos da Defesa e deu provimento ao recurso da Acusação, nos autos da Apelação Criminal n.º 0010571-94.2015.8.26.0037.

Consta dos autos que o Paciente **LUIS HENRIQUE ARAUJO FELIPE** foi condenado pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, c.c. o § 4º do mesmo dispositivo, à **pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito,

consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena privativa, além da pena de multa, fixada em 10 (dez) dias-multa, com expedição de alvará de soltura (fl. 48).

O Paciente **PAULO HENRIQUE DA SILVA SOUZA** foi condenado pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 e 12, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, c.c. o art. 69 do Código Penal, à **pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fl. 128).

As condenações decorreram, conforme se extrai do acórdão atacada, de fato (fl. 58):

> "[...] *ocorrido em 14 de setembro de 2015, quando, segundo a denúncia, o acusado Luís trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros 220,80g de cocaína, enquanto Jeferson e Anderson tinham em depósito cerca de 8,27g de cocaína, e matérias próprios para embalagem de crack e 736 eppendorfs vazios , e Paulo e Rogério, 6,44g de cocaína e 81,37g de cânhamo, drogas, além da quantia em dinheiro de R$ 1.301,00, balança de precisão, pedaços de papéis contendo manuscritos da suposta contabilidade do tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Ainda consta que Paulo possuía, no interior de sua residência, uma arma de fogo um revólver, marca Taurus, calibre 38 de uso permitido, sem autorização e em desacordo com numeração legal e regulamentar*"

Em grau de apelação, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso ministerial, majorou a pena de **Luis Henrique** para **5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**; e a de **Paulo Henrique** para **8 (oito) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 714 (setecentos e quatorze) dias-multa** (fl. 86).

Daí a presente impetração, em que a Defesa alega constrangimento ilegal na dosimetria da pena realizada pelo Tribunal de origem diante da ausência de fundamentação idônea na majoração da pena dos Pacientes.

Defende que a alusão do acórdão atacado quanto à quantidade e natureza da droga não é causa suficiente para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.434/2006 na fixação da pena de **LUIS HENRIQUE.**

Aduz que fixada a pena no mínimo legal de 5 (cinco) anos, seria ilegal a

imposição do regime fechado para início do cumprimento da pena. Entende que, acaso preenchidos os requisitos legais, tem o Paciente direito à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de diretos.

Argumenta que configura patente ilegalidade a preponderância da reincidência na compensação com a atenuante da confissão espontânea quando da dosimetria da pena do Paciente **Paulo Henrique**.

Requer, **liminarmente**, a concessão do pedido urgente em favor do Paciente **Luis Henrique Araujo Felipe** para que seja mantido em **regime aberto** até o julgamento final deste *habeas corpus*.

No mérito, pleiteia a concessão da ordem (1) "*ao paciente LUÍS HENRIQUE para restituir a causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4 da Lei 11343/06, fixar o regime aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, advertindo-se que no caso de reconversão, o regime inicial será o aberto*"; e *ao paciente PAULO HENRIQUE para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão*" (fls. 26-27).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 92-98).

Foram prestadas informações às fls. 106-107.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 169-173, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

A Magistrada *a quo*, ao proferir a sentença condenatória, individualizou a pena privativa de liberdade do Paciente Luís Henrique nos seguintes termos (fls. 44-46):

> "*<u>Corréu Luís Henrique Araújo Felipe:</u>*
>
> *Atenta aos requisitos constantes do art. 42 da Lei 11.343/06 e art. 59 do Código Penal fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.*
>
> *Embora o réu tenha admitido a prática delitiva, deixo de aplicar a redução correspondente à atenuante da confissão espontânea porque, conforme entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal' (Súmula 231). Pelo mesmo motivo, inaplicável também a atenuante da menoridade prevista no art. 65, I, do*

Código Penal.

Preenchidos os requisitos exigidos pelo § 4º do art. 33, cabível a redução de pena ali prevista. Sopesando-se, de um lado, a primariedade e a ausência de maus antecedentes, e, de outro, a grande quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (cocaína em pó e 'crack´), aplico a redução de 1/3, restando, ao todo, 3 anos e 4 meses de reclusão e 334 dias-multa penas estas que torno definitivas. Nesse ponto, oportuno asseverar que apesar do acusado ser confesso na traficância, há que se diferenciá-lo do chamado 'grande traficante' na medida em que seu histórico de vida revela que não é um delinquente habitual que faz do crime seu meio de vida. Destarte, mostra-se adequado o seu enquadramento no tráfico privilegiado.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o aberto, haja vista que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis ao réu. Nesse ponto, ressalto que a jurisprudência do STF já consolidou entendimento no sentido de que a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, a imposição de regime mais gravoso, pois ao juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, cabe motivar o regime imposto, observando a singularidade do caso concreto. No caso dos autos, o conjunto das circunstâncias judiciais (CP, art. 59) e os antecedentes, em especial, autorizam a opção pelo regime aberto, atentando-se, inclusive, aos preceitos estabelecidos no art. 33, § 2º do Código Penal.

De outra parte, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fulcro no art. 44 do Código Penal. Assim, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena substituída, à razão de 8 (oito) horas semanais, a serem cumpridas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou outro estabelecimento congênere, a ser designado pelo juízo da execução, assim com as condições, local e horário da execução dos serviços, além de multa, no patamar de 10 dias-multa, no mínimo legal, sem prejuízo da multa já fixada.

Por derradeiro, embora o delito analisado seja grave, o acusado não registra antecedentes desabonadores. Assim, considerando o regime prisional estabelecido, desnecessária a manutenção da segregação, motivo pelo qual poderá aguardar o julgamento de eventual recurso em liberdade."

O Tribunal de origem expôs as seguintes razões ao redimensionar a pena imposta a Luís Henrique (fls. 72-87, sem grifos no original):

"Pelo crime de tráfico:

Na primeira fase da dosimetria, as penas básicas impostas aos acusados permaneceram no patamar legal, ou seja, 05 anos de reclusão mais 500 diárias.

Insta observar, nesse passo, que, a teor do artigo 42 da Lei de

Drogas, o juiz considerará, com preponderância sobre o artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga*. Não se pode ignorar as nefastas consequências à saúde pública,* ***diante das circunstâncias do caso em apreço, posto que os réus foram presos em flagrante na posse de 220,80g de cocaína (Luís Henrique)*** *e 6,44g de cocaína mais 81,37g de maconha (Paulo e Rodrigo).*

Por outro lado, o réu PAULO possui péssimos antecedentes, ou seja, possui condenações por furtos (fls. 361 e 365); receptações (fls. 376 e 377), além de porte de droga para uso pessoal (fls. 377), enquanto RODRIGO possui uma condenação por disparo de arma de fogo fls. 410.

Destarte, ***a pena base, para*** *RODRIGO e* ***LUÍS HENRIQUE (cada um), resta estabelecida em 05 anos e 10 meses de reclusão mais 583 diárias (1/6 acima do patamar legal)****, e a pena base de PAULO em 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa (aumento de 1/5).*

Em seguida, diante da atenuante da menoridade relativa em relação a ***LUÍS HENRIQUE, suas penas retornam ao piso legal, ou seja, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.***

[...]

No que tange a ***LUÍS HENRIQUE,*** *acerca da controversa questão relativa à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em nova reflexão sobre o tema (norteada pelo intuito de alcançar o verdadeiro propósito do legislador ao editar o Estatuto Antidrogas),* ***estou revendo meu entendimento, a fim de adotar, como parâmetros para a concessão, ou não, de aludida minorante, a par daqueles legalmente estabelecidos, a quantidade e, sobretudo, a natureza da substância entorpecente traficada.***

[...]

A esta altura, aliás, cabe anotar, apenas a título de reforço argumentativo, que um dos fundamentos da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antitóxicos reside na necessidade de se buscar a efetivação do princípio da individualização da pena, não havendo, pois, cogitar-se de afronta ao postulado da proporcionalidade e, de forma geral, a qualquer preceito do ordenamento jurídico-constitucional, até porque a aplicação de tal regra pressupõe sempre a análise das circunstâncias pessoais do agente criminoso e, também, dos contornos fáticos da causa penal.

[...]

Feita essa breve exposição e voltando os olhos à hipótese em tela, observa-se que, conquanto locupletados os pressupostos elencados no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, **in casu,** ***a quantidade de droga e o alto grau de perniciosidade da substância entorpecente traficada (220,80g de cocaína) indicam um maior grau de reprovabilidade na conduta do agente, a evidenciar, por conseguinte, não ser possível enquadrá-la na figura privilegiada do tráfico de drogas***

Por derradeiro, cumpre salientar que, na esteira do entendimento firmado pelo Pretório Excelso por ocasião do julgamento do Habeas Corpus *nº 126.292/SP (da Relatoria do e. Min. TEORI*

ZAVASCKI) no sentido de que a execução provisória de sanção prisional imposta ou confirmada em sede recursal ordinária não vulnera o núcleo essencial do princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade (insculpido no artigo 5º, caput, inciso LVII, da Lei Maior) , ***faz-se mister, uma vez ratificada a condenação criminal e vencido o prazo para interposição de embargos, determinar-se a imediata expedição de mandado de prisão contra LUÍS HENRIQUE ARAÚJO FELIPE.***

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento aos apelos defensivos e dou provimento ao recurso ministerial para majorar as penas impostas ao réus para: ***LUÍS HENRIQUE ARAÚJO FELIPE para 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias- multa, no piso legal, corrigido;*** *RODRIGO APARECIDO DOS SANTOS MARTHA para 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado; e PAULO HENRIQUE DA SILVA SOUZA para 08 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 714 dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado; e para revogar a substituição da pena corporal imposta a Luís Henrique por restritivas de direitos, mantendo-se, no mais, a r. sentença. Face ao novo entendimento exarado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do* Habeas Corpus *nº 126.292/SP, recentemente confirmado, vencido o prazo para embargos de declaração, expeça-se mandado de prisão contra LUÍS HENRIQUE*."

São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

No caso, não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – o Colegiado *a quo* afastou a aplicação da minorante em razão da "*quantidade de droga e o alto grau de perniciosidade da substância entorpecente traficada (220,80g de cocaína)*", oportunidade em que assentou o "*maior grau de reprovabilidade na conduta do agente, a evidenciar, por conseguinte, não ser possível enquadrá-la na figura privilegiada do tráfico de drogas*".

Assim, o acórdão combatido apresentou fundamentação idônea, haja vista que a natureza e a quantidade da droga apreendida – 220,80g de "cocaína" – é suficiente, no caso concreto, para negar a aplicação da minorante.

Nesses termos, confiram-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. *TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS.*

MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. *INTERESTADUALIDADE DO DELITO.* QUANTUM *DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas.

2. ***Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.***[...]" (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018, sem grifos no original.)

"*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE.* ***ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA.*** *AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.*

1 - De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2 - ***A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa*** *(HC n. 356.145/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).* [...]

4 - ***Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o*** **habeas corpus**.

5 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgInt no HC 465.758/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 01/02/2019, sem grifos no original.)

Ademais, não é possível afastar a conclusão das instâncias de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois necessitaria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na estreita e célere via do *habeas corpus*. No mesmo sentido:

> "HABEAS CORPUS. *POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.*
>
> [...]
>
> *4.* ***Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.***
>
> *5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.*" (HC 325.085/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 12/04/2018, sem grifos no original.)

Outrossim, da análise dos trechos do acórdão transcritos, constata-se (de ofício) que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal **igualmente** com base na natureza e quantidade do entorpecente apreendido – houve majoração no patamar de 1/6 (um sexto), resultando em cinco anos e dez meses de reclusão.

Ocorre que tal procedimento é rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois viola o princípio do *non bis in idem*. Com efeito, não é possível utilizar-se do mesmo fundamento para aumentar a reprimenda em duas fases distintas (no caso, na primeira e terceira etapas), sob pena de se punir duplamente o autor do delito.

Nessa perspectiva, cito os seguintes julgados:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIDO NA SENTENÇA. AFASTADO PELO TJ. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA QUE NÃO*

REVELAM, ISOLADAMENTE, A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E VARIEDADE CONSIDERADAS NA PRIMEIRA FASE. APLICAÇÃO DA REDUTORA EM 2/3. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, pode impedir a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa.

[...]

*VI - **Por outro lado, o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o* bis in idem *quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.*** *Precedentes.*

[...]

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para reformular a dosimetria da pena e modificar o regime inicial para o semiaberto.*" (HC 477.625/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019; sem grifos no original.)

"*PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO QUE NÃO ATACOU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA.* BIS IN IDEM. *AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, materializado na Súmula 182/STJ, segundo o qual a ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso.

2. Na espécie, diante da decisão que inadmitiu o recurso especial, a defesa não se insurgiu contra todos os fundamentos do Tribunal local, em especial a incidência da Súmula 518/STJ. Dessa forma, correta a decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

*3. **A utilização cumulativa da quantidade da droga apreendida na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na***

> ***terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura* bis in idem*, de acordo com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no ARE n. 666.334/AM.***
>
> *4. Agravo regimental de Tiago Antunes Martins improvido.* Habeas corpus *concedido de ofício para reconhecer a presença do bis in idem e determinar que o Tribunal de origem proceda a uma nova dosimetria da pena.*" (AgRg no AREsp 1.140.945/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017; sem grifos no original.)

Passo, assim, a readequar a pena do Paciente **LUIS HENRIQUE ARAUJO FELIPE:**

Na primeira fase da dosimetria, afastado o aumento imposto pela quantidade e natureza do entorpecente, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase inexistem circunstâncias agravantes. Não obstante a existência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, mantenho o *quantum* da primeira etapa em respeito ao entendimento sedimentado na Súmula n.º 231/STJ.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e diminuição, a pena fica quantificada definitivamente em **5 (cinco) anos de reclusão** e **500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal**.

No que tange ao regime prisional para o início de cumprimento da reprimenda, observada a quantidade de pena, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do Paciente, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, a ordem deve ser deferida no sentido de **fixar o regime inicial semiaberto**.

Em razão do *quantum* da pena imposta, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

No que se refere ao Paciente Paulo Henrique, a Juíza sentenciante expôs as seguintes razões ao aplicar a reprimenda (fls. 46-48):

> "*Correu Paulo Henrique da Silva Souza:*
>
> *Atenta aos requisitos constantes do art. 42 da Lei 11.343/06 e art. 59 do Código Penal, observo que não estão presentes circunstâncias que justifiquem a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, pois já ultrapassado o período depurador (fls. 184; 185 e 361; 365 376; 377). Assim, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor*

unitário mínimo, para o crime de tráfico, e em 1 ano de detenção e 10 dias-multa, no piso mínimo legal, para o delito de posse irregular de arma de fogo.

Verifico que o réu é reincidente (cf. fls.185 e 367), circunstância que, nos termos do art. 67 do Código Penal, é preponderante, ou seja, prevalece sobre a confissão espontânea relativa ao crime esculpido no art. 12 da Lei 10.826/03. Em razão da reincidência, exaspero as penas dos crimes em 1/6, perfazendo 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa para o tráfico, e em 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa para a posse irregular de arma de fogo.

Deixo de aplicar a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que se trata de réu reincidente, que foi preso na posse de porções de entorpecentes destinados à venda no varejo, sem comprovar atividade lícita, havendo fortes indicativos de que se dedicava ao tráfico como meio de vida. Diante disso, torno definitivas aquelas reprimendas. Quanto à cópia da CTPS acostada à fl. 324 dos autos, cabe registrar que, além de ilegível, em parte, revela que o réu Paulo não tinha registro laborativo.

Considerando que as infrações foram praticadas em concurso material já que o réu, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes as penas devem ser somadas, totalizando o montante de 7 anos de reclusão e 594 dias-multa, que torno definitivo.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado. Advirta-se que, quando o Supremo Tribunal Federal declarou de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.464/07 - que impunha o regime inicial fechado para o cumprimento da pena (HC 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27/06/12) - apenas retirou aquele óbice, cabendo ao julgador, no caso concreto, analisar a possibilidade, ou não, de fixação de regime menos severo. Na hipótese dos autos, além da pena, a gravidade concreta do delito, informada principalmente pela demonstração de que o acusado se dedicava de forma habitual e ativa ao comércio ilegal de substâncias ilícitas, autoriza a opção pelo regime fechado."

O Colegiado de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial com base na seguinte fundamentação (fls. 72-78, sem grifos no original):

"[...]

Contudo, no que tange às penas impostas, ouso divergir.

<u>Pelo crime de tráfico</u>:

Na primeira fase da dosimetria, as penas básicas impostas aos acusados permaneceram no patamar legal, ou seja, 05 anos de reclusão mais 500 diárias.

Insta observar, nesse passo, que, a teor do artigo 42 da Lei de

Drogas, o juiz considerará, com preponderância sobre o artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga. Não se pode ignorar as nefastas consequências à saúde pública, diante das circunstâncias do caso em apreço, posto que os réus foram presos em flagrante na posse de 220,80g de cocaína (Luís Henrique) e 6,44g de cocaína mais 81,37g de maconha (Paulo e Rodrigo).

Por outro lado, o réu PAULO possui péssimos antecedentes, ou seja, possui condenações por furtos (fls. 361 e 365); receptações (fls. 376 e 377), além de porte de droga para uso pessoal (fls. 377), enquanto RODRIGO possui uma condenação por disparo de arma de fogo fls. 410.

Destarte, a pena base, para RODRIGO e LUÍS HENRIQUE (cada um), resta estabelecida em 05 anos e 10 meses de reclusão mais 583 diárias (1/6 acima do patamar legal), e a ***pena base de PAULO em 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa (aumento de 1/5).***

Em seguida, diante da atenuante da menoridade relativa em relação a LUÍS HENRIQUE, suas penas retornam ao piso legal, ou seja, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias- multa.

Enquanto as sanções impostas a** RODRIGO e **PAULO sofrem novo aumento de 1/6, pois presente a agravante da <u>reincidência</u>** (fls. 185 Paulo; e fls. 410 Rodrigo), **resultando**, definitivamente, em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, para RODRIGO; **e em 07 anos de reclusão mais 700 dias-multa para PAULO.

<u>Insta observar que, não há se falar no reconhecimento da atenuante da confissão, no que tange ao réu PAULO, pois este negou o delito de tráfico, em Juízo, dizendo ter sido injustamente incriminado pelos policiais, que o agrediram.</u>

*Outrossim, na esteira do entendimento esposado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, reputo não ser lícita a consideração da circunstância prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal na hipótese em que o agente criminoso haja sido preso em flagrante delito, posto inexistir, em tal situação, sequer a remota chance de vir ele a colaborar com o Poder Judiciário, de maneira eficaz, para a busca da verdade material no caso sob julgamento (*ratio essendi *da benesse contida em supradito dispositivo legal).*

***No que tange às penas impostas a PAULO <u>por infração ao artigo 12 da Lei 10826/03</u>**, seguindo os mesmos critérios acima mencionados, **a pena base é acrescida de 1/5**, posto que possui péssimos antecedentes, resultando em 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão mais 12 diárias.*

<u>Na segunda etapa, diante da reincidência, mister impor novo aumento de 1/6, resultando, definitivamente, em 01 ano, 04 meses e 24 dias de reclusão e pagamento de 14 dias-multa.</u>

Diante do concurso material de infrações, ficam estabelecidas as reprimendas de PAULO em 08 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e pagamento de 714 dias-multa, no piso, corrigido.

Incabível a redução das penas impostas a PAULO e RODRIGO, com fundamento no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, pois

são reincidentes. [...]"

Não obstante o Colegiado de origem ter sido omisso quanto ao reconhecimento ou não da confissão em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003 e ter alegado que, no que tange ao delito de tráfico de drogas, não houve confissão pois o Paciente "*negou o delito de tráfico, em Juízo, dizendo ter sido injustamente incriminado pelos policiais, que o agrediram*", constata-se, dos trechos a seguir transcritos, que o édito condenatório fez expressa menção à confissão para fundamentar a condenação pelos dois delitos (fls. 40-42, sem grifos no original):

> "[...]
>
> ***O correu Paulo Henrique da Silva Souza*** *em juízo contou que no dia dos fatos estava em casa com a esposa e suas duas filhas quando se deparou com os policiais já no interior da residência. Que eles entraram e imediatamente o agrediram, apanhando na frente delas e sendo indagado a respeito do lugar onde o tóxico se achava. Disse que negou ter entorpecentes em casa, tendo sido quebrada a escrivaninha onde guardava sua arma,* ***assumindo que errou por ter arma de fogo, mas que a tinha por já ter sido ameaçado****. Assentiu que não tinha registro nem porte, nada sabendo sobre a arma, pois sempre a deixou em casa. Não assumiu o crime de tráfico. Disse que os policiais voltaram com drogas, dizendo que elas e uma balança lhe pertenciam. Que conhecia apenas Jeferson, pois trabalharam juntos.*
>
> ***Na fase extrajudicial (fl. 16), o denunciado Paulo confessou que o entorpecente e demais produtos apreendidos eram de sua propriedade, assim como o revolver municiado confiscado. Nesse ponto anote-se que 'a confissão extrajudicial do réu, exceto se provar que o fez sob coação, é valiosa para aferir-lhe a culpabilidade, sobretudo se em harmonia com os demais elementos do processo, e pode legitimar decreto condenatório' (RT 811/642).***
>
> [...]
>
> ***Portanto, a confissão extrajudicial do correu Paulo não deve ser desprezada****, pois se harmoniza e se ajusta à prova produzida na instrução, sendo certo que a confissão de autoria vale não pelo lugar em que é prestada, mas sim pela força de convencimento que ela contém.*
>
> *A materialidade do crime delineado no art. 12 da Lei 10.826/03 está amparada, ainda, pelo laudo pericial realizado na arma (fls. 234/236).* ***Diante disso e considerando a confissão do correu Paulo quanto à posse da arma, que sabia ser proibida, deve ele responder também pelo crime em questão****, o qual se caracteriza com o simples fato do agente ter a posse de arma de fogo. Ou seja, pouco importa o resultado concreto da ação, pois o objetivo do legislador foi o de antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo a prática de crimes.* [...]"

Nessa perspectiva, em respeito aos entendimentos consolidados na Súmula n.º 545/STJ – "*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*" – e no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.341.370/MT, que pacificou o entendimento de que a **atenuante da confissão espontânea** e a **agravante da reincidência** são circunstâncias legais igualmente preponderantes, **é devida, para ambos os delitos, a compensação integral entre as mencionadas circunstâncias**.

Exemplificativamente, cito os seguintes julgados:

> "*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA.* ***CONFISSÃO ESPONTÂNEA.*** *SÚMULA 545/STJ. REVALORAÇÃO DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.* ***COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.*** *AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. Incabível a pretensão de afastamento de confissão do acusado, quando claramente demonstrada a não incidência da Súmula 7/STJ, tendo havido apenas a revaloração e não o revolvimento de matéria fático-probatória.*
>
> *2. Incide a atenuante da confissão espontânea, quando utilizado o depoimento do réu na fase inquisitorial com o fim de reconhecimento da autoria, conforme Súmula 545/STJ.*
>
> *3. A Terceira Seção do STJ, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual* ***a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante.***
>
> *4. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no REsp 1.741.354/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe de 12/09/2018, sem grifos no original.)

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *DECISÃO AGRAVADA QUE RECONHECEU A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM RELAÇÃO A UM PACIENTE E A COMPENSOU COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO DESVALOR DA MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. ESPECIFICIDADE DA REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, em favor de um dos pacientes, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência.*
>
> *2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no*

sentido de que a confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação.

3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

4. Hipótese em que a pena do paciente RUBENS foi agravada na usual fração de 1/6, pela reincidência, inexistindo indicativo de que possua múltiplas condenações definitivas anteriores, razão pela qual o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea ensejou a integral compensação das circunstâncias referidas.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 411.409/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe de 29/08/2018, sem grifos no original.)

Passo, assim, a redimensionar a reprimenda do Paciente **PAULO HENRIQUE DA SILVA SOUZA.**

Quanto ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006:

Na primeira fase da dosimetria, em razão dos maus antecedentes, mantenho o *quantum* de 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda etapa, promovo a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo inalterada a pena.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e diminuição, a pena fica quantificada definitivamente em **6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo legal**.

Tendo em vista o *quantum* da reprimenda, a reincidência do Paciente e a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 33, § § 1º e 2º, c.c o art. 59, ambos do Código Penal), mantenho o regime fechado para o início de cumprimento de pena.

Quanto ao crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003:

Na primeira fase da dosimetria, em razão dos maus antecedentes, mantenho o *quantum* de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de detenção e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda etapa, promovo a compensação integral entre a agravante da

reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo inalterada a pena.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e diminuição, a pena fica quantificada definitivamente em **1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de detenção e 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal**.

Tendo em vista a reincidência do Paciente e a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 33, § § 1º e 2º, c.c o art. 59, ambos do Código Penal), mantenho o regime semiaberto para o início de cumprimento de pena.

Diante do concurso material de crimes, a pena final fica estabelecida em **7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias, e pagamento de 612 (seiscentos e doze) dias-multa, no valor mínimo legal.**

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* ao Paciente **Luis Henrique Araujo Felipe** a fim de fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, bem como CONCEDO DE OFÍCIO o *writ* para afastar a majoração da pena-base em razão da violação ao princípio do *non bis in idem*.

Quanto ao Paciente **Paulo Henrique da Silva Souza**, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* a fim de promover a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora