HABEAS CORPUS Nº 490.430 - PE (2019/0021209-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	EDBERTO RODRIGO AFONSO SMITH JUNIOR
ADVOGADO	:	EDBERTO RODRIGO AFONSO SMITH JUNIOR - RN0003828
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	:	FLAVIO RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar impetrado em favor de FLAVÍO RODRIGUES DOS SANTOS, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco** na Apelação n. 0000707-66.2016.8.17.1130.

Em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi condenado à pena de 10 anos de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento 530 dias-multa, fixados no mínimo legal, pela prática dos crimes previstos no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 e art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03 (fls. 27-40).

O Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso de apelação, no qual a defesa pretendia a absolvição do agente pelo delito de tráfico de drogas e, alternativamente, a redução da pena aplicada e a fixação de regime inicial menos gravoso (fls. 15-25).

Neste **writ**, o impetrante afirma que a pena-base estabelecida para o crime de posse de arma de uso restrito foi aumentada em um ano acima do mínimo legal sem qualquer justificativa concreta para tanto, destacando que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

Acrescenta que *"para o crime de posse de arma de uso restrito, realizou a compensação da confissão com a reincidência, como vem fazendo esta Corte Superior, mas para o crime de tráfico de drogas, assim não o fez, mesmo tendo reconhecido que o Paciente confessou que a droga seria dele"* (fl. 6).

Requer, assim, a concessão da ordem para o redimensionamento da pena do crime de posse ilegal de arma para o mínimo legal previsto e a compensação da reincidência com a confissão espontânea no caso do crime de tráfico de entorpecentes.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 47-48.

Informações prestadas às fls. 54 e 81.

O Ministério Público Federal, às fls. 108-111, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006) E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/2003). DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA PARA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS 'CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME'. APREENSÃO DE TRÊS ARMAS DE FOGO. FATOR QUE EXTRAPOLA OS ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL EM QUESTÃO. MAIOR DESVALOR DA AÇÃO. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ACUSADO QUE ADMITE POSSE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. CONFISSÃO NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES STJ. INVIABILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM"* (fls. 108-109)

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado

pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A Defesa pretende, em síntese, que seja reduzida a pena-base do paciente, em razão da ausência de motivação idônea para a exasperação acima da fração estabelecida pela jurisprudência, de 1/6 (um sexto), para cada circunstância judicial constante do art. 59 do Código Penal.

Para a adequada delimitação das questões, colaciono, a seguir, excerto da r. sentença condenatória, acompanhada pelo v. acórdão impugando, no ponto:

*Atendendo as diretrizes do art. 5**9 e 68 do Codex Penal c/c o art. 42 da citada lei antitóxico, passo a dosimetria da pena para o réu pelo crime de tráfico de drogas** de FLÁVIO RODRIGUES DOS SANTOS:*

*Grau de culpabilidade normal à espécie; deixo para analisar seus antecedentes na Jegunda fase em respeito ao principio do non bis in idem; a conduta social do réu é resumidamente tida como boa a mingua de outras Informações; personalidade do tomem comum; circunstâncias e conseqüências do crime são normais a espécie de delito pois a quantidade embora relevante não é exorbitante, menos de 100 gramas de cocaína; Não houve motivo especifico relatado; o delito não tem vitima pessoa individualizada, onde fixo a pena base em **05 anos de reclusão e 500 dias multas, fixados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato**.*

*Ausentes atenuantes. Reconheço a agravante da **reincidência** (processo 8486.14.·2012), aumentando a pena em 01 ano, perfazendo a pena parcial de **06 anos e multa.***

Ausentes causas de aumento e de diminuição, deixando ressaltado que não cabe a minorante do tráfico privilegiado tendo em vista pelos maus antecedentes do réu, esbarrando em um dos requisitos.

*Não existindo outra causa modificadora, torno a pena definitiva para o tráfico de drogas em **06 (seis) anos de reclusão e 500 dias multa.***

*A seguir, atendendo às diretrizes do art. 59 e 68 do Codex Penal , passo a dosimetria da pena a ser aplicada ao réu **pelo crime de posse ilegal de***

arma de uso restrito (art. 16 da Lei 10.826/03):

O acusado agiu com culpabilidade normal à espécie, não havendo o que se valorar; deixo para analisar seus antecedentes na segunda fase em respeito ao principio do non bis in idem; o motivo específico relatado foi que a arma foi encontrada no carro deixado por um amigo e ele recolheu guardando em sua casa; ***As circunstâncias do crime são desfavoráveis porque eram mais de uma arma;*** *Não houve conseqüência extra-penal, inexistindo vítima efetiva, vez que se trata de crime praticado contra a coletividade, razão porque fixo a pena base em* ***04 (quatro) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, fixados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, considerando sua situação econômica.***

Reconheço a atenuante da confissão e da reincidência (processo 8486- 14.2012) tendo em vista a condenação acima citada, compensando as duas circunstâncias modificadoras da pena na forma do entendimento dominante no STJ.

Não havendo causas de aumento ou de diminuição, torno em definitivo a pena de 04 (quatro) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, fixados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Procedendo ao cúmulo material dos crimes de tráfico e de posse ilegal de arma de uso restrito, totaliza a pena em ***10 (dez) anos de reclusão e 530 dias- multa, fixados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, considerando sua situação econômica.***

Fixo o regime inicial ***fechado****, considerando o* ***quantum*** *da pena, conforme art. 33, §2° do CP além da* ***reincidência*** *e já considerando o art. 387, §2° CPP, tendo em vista que o acusado está preso desde 25/01/2016 não perfazendo 2/5 da pena sequer aplicada ao tráfico isoladamente"* (fls. 37-38, grifei).

De início, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, *"[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de* ***habeas corpus****, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Nos termos do art. 59 do Código Penal, 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 aludido artigo, 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 Federal.

Inicialmente, em relação ao delito do art. 16 da Lei n. 10.826/03, entendo que as **circunstância do crime** não se inferem ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o **modus operandi** do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes desta natureza, visto que **o réu foi apreendido com mais de uma arma de fogo**, ou seja, **1 (uma) pistola e 2 (dois) revólveres** (fls. 18 e 38).

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"**A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.**"* (AgRg no REsp 143071/AM, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 6/5/2015).

In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais e dos antecedentes do paciente, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A

DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Em relação à dosimetria, cumpre registrar que a via do writ somente se mostra adequada, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade. De acordo com a r. sentença, a pena-base dos pacientes foi exasperada em dez meses de reclusão, lastreando-se na natureza e na diversidade das drogas apreendidas, quais sejam, 24,37 g (vinte e quatro gramas e trinta e sete centigramas) de maconha e 16,55 g (dezesseis gramas e 55 centigramas) de crack. Nesse compasso, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

III - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC

433.211/SC, **Quinta Turma**, **de minha relatoria,** DJe 26/03/2018, grifei)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

4. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

5. Verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e

fundamentado, em se considerando a existência de dois antecedentes negativos e a pena abstratamente prevista para o delito em questão, que é a de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos.

6. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida." (HC 281.662/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz,** DJe 03/04/2014, grifei)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. APLICADA A FRAÇÃO DE 1/6. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DISTINTAS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 126.315/SP (julgado em 15.9.2015, Rel. Min. Gilmar Mendes, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado,

nos termos do art. 59 do Código Penal.

4. ***É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.*** *Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente e, por conseguinte, exaspera a pena em 1/6 (um sexto), o que não revela constrangimento ilegal.*

5. Não há falar em bis in idem, no que diz respeito à primeira e segunda fases da dosimetria, tendo em vista que as condenações anteriores - utilizadas para valorar negativamente os antecedentes e caracterizar a agravante da reincidência - são distintas.

6. Habeas corpus não conhecido." (HC 356.274/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura,** DJe 24/06/2016, grifei)

Verifica-se, portanto, que a exasperação da pena-base, no patamar de **1 (um) ano acima do mínimo legal,** revela-se proporcional e fundamentada, tendo em vista a maior **reprovabilidade das circunstâncias do crime** e a pena abstratamente prevista para o delito em questão, que é a de reclusão de 3 (dois) a 6 (seis) anos.

Em relação ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico de drogas, consolidou-se o entendimento desta Corte Superior de que, para a caracterização da autoria, quando o juiz utiliza como elemento a confissão do réu, ainda que qualificada, imperioso se revela o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Sobre o tema colaciono os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO E 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.

2. Nos termos da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Precedentes.

3. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção 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".

Tal conclusão, por certo, deve ser igualmente aplicada à hipótese dos autos, por se tratarem de circunstâncias igualmente preponderantes, que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu, conforme a dicção do art. 67 do CP.

4. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena a 14 anos de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório" (HC n. 408.668/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 21/09/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA NO DECRETO CONDENATÓRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal, é cabível a incidência da atenuante da confissão espontânea quando esta é expressamente utilizada na formação do convencimento do julgador, não importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. Na esteira da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante, como ocorreu na hipótese.

3. No caso, a confissão, ainda que parcial, foi reconhecida pelas instâncias de origem, entretanto não foi utilizada para diminuir a reprimenda. Assim, devida a concessão da ordem constitucional para redimensionar a

> ***sanção imposta, não havendo falar em reforma do decisum impugnado.***
>
> *4. Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC n. 201.797/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 2/2/2015).

Esse entendimento, inclusive, foi recentemente sumulado, consoante dispõe o enunciado n. 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.*"

Para efeitos de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP (**confissão espontânea**) não é necessário que se trate de situação de **autoria ignorada** da infração (REsp n. 51.809/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Edson Vidigal**, DJ de 13/04/1998) ou que a **prática do crime tenha sido atribuída a outrem**, basta que o agente **admita a sua participação na infração penal em apuração** (HC n. 72.257/SP, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 18/08/1995), seja na **fase inquisitorial**, como **em juízo**. É preciso, também, que o agente o faça de forma **espontânea**, ou seja, a confissão deve ser um **ato voluntário, alheio a intervenção de fatores externos** (**Alberto Silva Franco e Rui Stoco in** Codigo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Volume 1 - Parte Geral", Ed. RT, 7ª edição, pagina 1.213).

Na hipótese, **não há qualquer dado que justifique a redução da reprimenda imposta em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea**. Com efeito, as declarações do paciente não foram em nenhum momento levadas em consideração para fundamentar a condenação que lhe foi imposta pelo delito de tráfico de drogas.

Além disso, **segundo decidido pela c. Suprema Corte**, em se tratando do delito de tráfico de drogas, *"Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o Paciente tenha confessado a traficância"*. (HC n. 94.295/SP, **Primeira Turma**, Re1ª. Minª. **Cármen Lucia,** DJe de 30/10/2008).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO MOTIVADA PELA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONFISSÃO PARA USO PRÓPRIO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO. PRIVILÉGIO RECONHECIDO PELO JUÍZO SENTENCIANTE, COM APLICAÇÃO DE FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA SEM JUSTIFICATIVA. AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL LOCAL MANTER O PATAMAR MEDIANTE A ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE NÃO FAZIA JUS AO REDUTOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. Embora a Corte local tenha afastado os maus antecedentes do paciente e justificado a manutenção da pena-base em patamar superior ao mínimo legal com base na quantidade e diversidade dos entorpecentes, no caso, a quantidade não ser revela expressiva - 11g de cocaína e 6g de maconha -, revelando-se inidônea a exasperação.

4. ***O Superior Tribunal de Justiça, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou compreensão no sentido de que a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de***

entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não sendo apta para atenuar a pena a mera admissão da propriedade para uso próprio.

5. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

6. Reconhecido o tráfico privilegiado na sentença, com trânsito em julgado para o Ministério Público, tal questão torna-se imutável, não servindo de fundamento para a manutenção de fração diversa do patamar máximo a suscitada inaplicabilidade do redutor.

7. Hipótese em que o Juízo sentenciante reconheceu a incidência da minorante, mas reduziu a pena em fração intermediária sem nenhuma justificativa, revelando-se ilegal a manutenção dessa fração, pela Corte local, em recurso exclusivo da defesa, mediante o argumento de que o redutor não deveria ter sido aplicado.

8. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

9. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

10. Hipótese em que o paciente é primário e restou condenado a pena não superior a 4 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime inicial aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais" (HC n. 412.446/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 12/04/2018).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 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. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 1 ano de reclusão com fundamento na natureza e na quantidade de entorpecentes (20,20g de cocaína e 92,20g de maconha), o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e a preponderância de circunstância do art. 42 da Lei de Drogas.

4. ***A confissão espontânea do sentenciado por delito de tráfico de drogas de que é mero usuário não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Pleito de compensação com a agravante de reincidência prejudicado. Precedentes.***

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 433.794/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 02/04/2018).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator