HABEAS CORPUS Nº 513.455 - SP (2019/0159001-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	GISELLE BORGHESI ARRUDA
ADVOGADO	:	GISELLE BORGHESI ARRUDA - SP369096
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANILO HENRIQUE SOUZA DE MELO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DANILO HENRIQUE SOUZA DE MELO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0001809-31.2016.8.26.0530).

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 6 anos e 8 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, em julgamento que ficou assim resumido:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO - MAJORAÇÃO DA PENA-BASE COM OLHOS VOLTADOS PARA EXEGESE DO ART. 42 DA LEI ESPECIAL - INEXISTÊNCIA DE CONFISSÃO - ARREDAMENTO CORRETO DA MITIGADORA DO PARÁGRAFO QUARTO DO TIPO PENAL EM DECORRÊNCIA DOS INDÍCIOS DE ENFILEIRAMENTO AO CRIME ORGANIZADO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE LEGITIMAM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO - RECURSO DESPROVIDO* (fl. 11).

No presente *writ*, a impetrante busca o reconhecimento da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do Código Penal - CP), a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fixação de regime prisional menos gravoso e a substituição da pena por medida restritiva de direitos (arts. 33, § 2º, e 44, do CP, respectivamente).

Indeferido o pedido liminar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e, subsidiariamente, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE. REDUTORA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não é cabível habeas corpus substitutivo de recurso, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há falar-se na atenuante da confissão espontânea quando o agente na fase inquisitorial admite apenas a posse da droga, negando a traficância, e suas declarações não são utilizadas para fundamentar a sentença condenatória.

3. Inviável a incidência da redutora estabelecida no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, quando devidamente fundamentado com base no caso concreto circunstância impeditiva da redução.

4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 6 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a considerável quantidade de droga apreendida. Precedentes do STJ.

5. Parecer pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem (fl. 40).

É o relatório.

Decido.

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

Conforme relatado, a primeira controvérsia refere-se ao pedido de incidência da atenuante da confissão espontânea.

São estes, no que interessa, os termos do decreto condenatório:

Sentença:

[...]

Interrogado em Juízo, o acusado negou ter cometido o crime, modificando sua versão.

[...]

A versão do réu não encontra respaldo no conjunto probatório.

[…]

Evidentemente, diante da vasta prova acima analisada e da contradição entre os interrogatórios (fase policial e em Juízo), o acusado não apenas mantinha a droga em seu poder como também a traficava.

Acrescento que prova alguma da origem lícita do numerário apreendido ele apresentou, devendo ser reputado como produto da traficância.

[…]

Concluindo pela condenação, passo a aplicar a pena.

I. A pena base é fixada 1/3 acima do mínimo legal pela enorme quantidade de droga (727,1g de maconha), nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

II. Não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes genéricas.

III. Deixo de reduzir a pena nos termos do parágrafo §4° do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, porque a quantidade de drogas apreendida evidencia a ligação com o crime organizado e o tráfico em larga escala.

Torno a pena em concreto em seis anos e oito meses de reclusão.

Considerando a circunstância judicial elencada na dosimetria acima, mais o tempo que o réu permaneceu em prisão cautelar, não tendo cumprido 2/5 da pena fixada no parágrafo anterior, bem como o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, estabeleço o regime fechado como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 24/29).

Acórdão:

[…]

São deduzidos quatro pedidos, a saber: (01) a fixação da pena-base no mínimo legal, pois a quantidade de droga apreendida não é apta a configurar circunstância judicial desfavorável; (02) a consideração da confissão na segunda fase da dosimetria da pena; (03) incidência da mitigadora do parágrafo quarto do tipo penal; (04) e, por fim, a fixação de regime diverso do fechado para início do cumprimento de sua reprimenda.

Nenhum pode ser agasalhado.

[…]

Quanto ao segundo pedido (02), não há falar em confissão porque o réu repudiou o propósito mercantil, de modo que o segundo pedido é desarrazoado.

O terceiro pedido (03) também não merece guarida porque corretamente arredada mitigadora do parágrafo quarto do tipo penal. Tal causa de diminuição de pena só alcança o traficante de

primeira viagem (NUCCI), neófito ou ocasional. Na espécie, tem-se um réu de parcos recursos, desocupado, capturado em poder de considerável quantidade de erva, o que fazia para revenda, elementos que, reunidos, implicam na produção de indícios veementes de encaixe no narcotráfico estruturado.

De fato, a prova circunstancial delineia que está ele associado à organização fora da lei, uma vez que ninguém controla e desempenha mercancia em tais condições sem ser membro da facção criminosa.

[…]

Por fim, quanto ao último pedido deduzido no recurso ordinário (04), há elementos concretos que demonstram na hipótese em tela a imperiosidade do regime inicial fechado, mormente porque delineadas suficientemente circunstâncias judiciais desfavoráveis, uma vez que o réu é enfileirado de facção criminosa (fls. 12/15).

Da leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, observo que a versão apresentada pelo réu, quanto aos fatos a ele imputados, não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que se valeu dos demais elementos probatórios colhidos nos autos.

Dessa forma, não há falar em aplicação da referida atenuante.

No mesmo sentido:

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DA LEI N. 9.503/97). DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. EXTRAJUDICIAL. DECLARAÇÃO NÃO UTILIZADA PARA EMBASAR O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 545/STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.

2. É certo que, nos termos da Súmula 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".

3. Contudo, nos casos em que o sentenciante e o Tribunal de origem afirmam que a declaração extrajudicial não foi utilizada para sustentar a condenação do agente, não há falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 391.910/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 28/8/2017).

Noutro enfoque, o voto condutor no acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.*
>
> *[...]*
>
> *3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.* ***E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório.*** *Precedentes.*
>
> *[...]*
>
> *5. Habeas corpus denegado* (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3*

G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. ***A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita****.*

[…]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016).

Esse mesmo elemento (quantidade de droga) demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ***MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.*** *112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[…]

- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.

- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que ***o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.***

Habeas corpus não conhecido.

(HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 6/11/2015).

[…] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[…]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. *MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO.* ***ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA****. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.*

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. ***Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.***

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final.

(HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 8/6/2016).

Por fim, a fixação da pena acima de 4 anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator