

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 548.233 - MG (2019/0355307-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : WENER CRISTIANO GOMES
ADVOGADO : WENER CRISTIANO GOMES - MG076167
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELINGTON VERISSIMO DE CARVALHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (28,655 KG DE MACONHA E 11 G DE COCAÍNA). DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO. ANTECEDENTES E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES. SEGUNDA FASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO. FRAÇÃO UTILIZADA. 1/16. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. FRAÇÃO ALTERADA PARA 1/6. PRECEDENTES. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STF E STJ. FRAÇÃO MÍNIMA UTILIZADA. 1/6. PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 8 E SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE EXASPERADA. APLICAÇÃO DO SENTIDO INVERSO DA SÚMULA 440/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO PREJUDICADA. PENA PRIVATIVA SUPERIOR A 4 ANOS. ART. 44, I, DO CP.

Ordem concedida liminarmente, em parte, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Wellington Verissimo de Carvalho**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que deu parcial provimento à apelação interposta pelo paciente, redimensionando a pena imposta para 8 anos e 9 meses de reclusão e para 875 dias-multa (fls. 69/96 – Apelação Criminal n. 1.0024.18.058603-4/001), alterando, assim, sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da comarca de Belo Horizonte/MG, que o condenara a 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento

Superior Tribunal de Justiça

de 934 dias-multa (fls. 130/152 – Ação Penal n. 0024.18.058.603-4), pela prática do crime de tráfico de drogas (28,655 kg de maconha e 11 g de cocaína – fl. 146).

Na presente impetração, alega-se constrangimento ilegal consistente em:

a) dosimetria da pena imposta, em relação ao *quantum* de exasperação da pena-base, na fração da atenuante da confissão e na negativa de aplicação da causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006); e

b) consequentemente, na fixação do regime inicial fixado e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Postula-se, então, a concessão liminar da ordem para que seja redimensionada a pena imposta ao paciente, fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Busca a impetração o redimensionamento da pena imposta ao paciente – com a alteração da pena-base, majoração da fração da atenuante da confissão e aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) na fração de 2/3 –, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na condenação a 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado, e a 875 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (28,655 kg de maconha e 11 g de cocaína – fl. 146).

Inicialmente, transcreve-se a fundamentação da sentença condenatória, em relação às alegações aqui aduzidas (fls. 145/150):

Passo a dosar-lhe a pena

Culpabilidade presente e intensa na conduta da acusada, sendo que o tráfico de substâncias entorpecentes é de alta reprovabilidade social, sendo oportuno acentuar que tal delito é aquele que mais enegrece a personalidade, pois causa um mal social tão elevado que a sua repressão exige medida pesada e intensa.

O réu possui registros de ocorrências, desde a sua menoridade, fato este evidenciado pela CAI acostada à fl. 62.

Sua conduta social é determinante para o aumento do número de pessoas que enveredam pelo caminho do vício e desajustam famílias.

Personalidade detectada insuficiente para o aumento da pena.

Superior Tribunal de Justiça

Sem **motivos** aparentes para o crime, buscando apenas o lucro fácil.

As **consequências** de sua conduta são altamente prejudiciais à sociedade como um todo, pelo já explicitado, eis que induz ao vício, jovens que certamente poderiam ter um futuro melhor se longe das drogas estivessem.

A **situação econômica** do réu não lhe é favorável.

Levo em consideração a considerável quantidade de entorpecentes apreendida, a saber, 28,655kg (vinte e oito quilos e seiscentos e cinquenta e cinco gramas) de maconha, distribuídas em 31 (trinta e uma) barras prensadas e mais 02 (duas) porções; bem como 11,0g (onze gramas) de cocaína, distribuídos em 16 (dezesesseis pinos), material este suficiente para proporcionar vastíssima disseminação dos entorpecentes no meio social, peculiaridade tal que deve ser apreciada pelo juízo, através da autorização legal prevista no art. 42 da Lei 11.343/06, pelo que tenho como suficiente à reprovação e prevenção do crime a fixação da pena acima do mínimo legal.

Assim sendo, fixo-lhe a pena-base acima do mínimo em **08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO E 800 (OITOCENTOS) DIAS-MULTA.**

Ausentes agravantes e atenuantes da pena.

Em razão da aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, incisos VI, da Lei 11.343/06, aumento a pena na proporção de 1/6, eis que o réu envolveu uma menor de idade de 17 anos, concretizando-a em **09 (NOVE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO E 934 (NOVECIENTOS E TRINTA E QUATRO) DIAS-MULTA.** no valor unitário equivalente a 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e monetariamente corrigido quando da execução, em cujo patamar se define, tornando-a em concreto e definitiva à míngua de circunstâncias legais ou causas especiais para oscilação.

Registro que deixei de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06 por entender, a partir das robustas provas carreadas nos autos, que o réu se dedica habitualmente a atividades criminosas, notadamente o tráfico de drogas.

[...]

Não desconheço a primariedade do réu. Porém, a minorante prevista no art. 33, §4º da Lei de Drogas é voltada para os traficantes iniciantes, que ainda não se dedicam à traficância de maneira reiterada, ou a tem como meio de vida, o que, conforme se depreende das provas carreadas aos autos, não é o caso de WELINGTON.

Deve-se salientar a enorme quantidade e variedade de drogas -28,655kg (vinte e oito quilos e seiscentos e cinquenta e cinco gramas) de maconha, distribuídas em 31 (trinta e uma) barras prensadas e mais 02 (duas) porções; bem como 11,0g (onze gramas) de cocaína, distribuídos em 16 (dezesesseis pinos) – bem como as balanças de precisão apreendidas. [...]

Dessa forma, considerando que a vultuosa quantidade de drogas apreendidas, o relatório circunstanciado de investigações, os depoimentos dos policiais militares, não foi utilizada para dosar a aplicação do §4º do referido artigo, mas tão somente para deixar de reconhecer a benesse do tráfico privilegiado, tendo em vista que quantidade demonstra a dedicação de WELINGTON às atividades criminosas, entendo justificado o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06.

Sem se olvidar da enorme quantidade de droga e dos insumos para traficância apreendidos no dia dos fatos, o que denota que o réu não se trata de traficante iniciante, conforme se vê nos autos, WELINGTON é um indivíduo perigoso,

Superior Tribunal de Justiça

voltado para a prática de crimes (Relatório Circunstanciado de Investigações e Laudo pericial nos aparelhos de telefone celular contendo conversas atinentes ao tráfico de drogas, venda de armas de fogo, fotos explícitas de pistolas semiautomáticas, armas diversas, drogas e "bolos" de notas de dinheiro) - tudo isso conforme se observa às fls. 94/114.

Consigno que a referida norma destina-se somente àquele traficante principiante e, no caso em apreço, não vejo como deferir ao autor o benefício da redução da pena, pois restou demonstrado nos autos que o mesmo dedica-se, habitualmente à prática de ilícitos penais.

O regime de cumprimento da pena será o INICIALMENTE FECHADO. A fixação do regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada mostra-se imperativa no caso em apreço. Tenho que as peculiaridades do caso justificam a imposição do regime prisional mais gravoso, pois sabidamente o tráfico de entorpecentes, conduta dotada de intensa reprovabilidade, causadora de grandes males à sociedade, deve ser punida de forma mais severa e intensa. Ademais, negado o benefício do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelo *quantum* da pena aplicada, assim como o *sursis*, ainda mais quando constatada a sua insuficiência para a reprovação e prevenção do delito, como no caso dos autos. Portanto, considerando que o réu não faz jus aos benefícios da lei, deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o *sursis*.

Por sua vez, a Corte local deu parcial provimento ao apelo defensivo, reexaminando *as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social, dos motivos e das conseqüências do crime, tomando-as por favoráveis ao réu, sem, entretanto, promover alteração na pena base* (fl. 92) e reconhecendo a atenuante da confissão, nos seguintes termos (fls. 75/79, 82/85 e 87/92):

Como relatado, em um primeiro momento, a Defesa pugna pela redução da pena base, com o reexame das circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social, dos motivos e das conseqüências do crime. Disse que foi fixada de forma desproporcional.

Ao exame dos autos, tenho que, com razão, quando pede o reexame das circunstâncias judiciais, não, entretanto, quando almeja a redução da pena inicial. Explico.

Nos termos do artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias que o juiz deve levar em conta são. de um lado, a “culpabilidade”, os “antecedentes”, a “conduta social” e a “personalidade do agente” e, de outro, as circunstâncias referentes ao contexto do próprio fato criminoso, como os “motivos”, as “circunstâncias” e as “conseqüências do crime”, bem como o “comportamento da vítima”.

[...]

Como já dito, a meu sentir, a análise dos vetores da culpabilidade, da conduta social, dos motivos e das conseqüências do crime, nos termos em que posta, foi feita de forma equivocada pela d. magistrada de primeiro grau **Sabido que tais circunstâncias devem ser adequadamente fundamentadas pelo juiz à luz do**

caso concreto

A **culpabilidade** deve ser compreendida como o juízo de censura que recai sobre a conduta praticada pelo sujeito ativo. Assim, relaciona-se com o maior ou menor grau de reprovabilidade da ação delituosa, não se confundindo com a “culpabilidade” como elemento integrante do conceito analítico de crime. Deve, pois, ser considerada como fundamento da pena. [...]

Na hipótese, embora entenda que, se tomarmos em consideração a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, o envolvimento de menor, a apreensão de vários apetrechos, bem assim, as demais especificidades já destacadas, a culpabilidade do réu indica um excesso reprovável além daquela conduta própria do tipo penal. Todavia, levando em conta que a n. julgadora se valeu do conceito da “culpabilidade” como elemento integrante do conceito analítico de crime e, ante a ausência de recurso ministerial, veio-me compelido ao reexame de tal vetor, para tê-lo como favorável.

Já a **conduta social** deve ser entendida como sendo “o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, etc.” (in, Código Penal Comentado, Guilherme de Souza Nucci, Ed. Forense, 16a edição, p. 457). Como se vê, a conduta social tem alcance mais amplo, abrangendo a análise do comportamento do agente nos diversos âmbitos sociais. Se traduz, portanto, no relacionamento do acusado com o meio em que está inserido. [...]

Tendo em vista que não há nos autos elementos que permitam a avaliação da conduta social do réu e que não é possível considerar tal circunstância judicial desfavorável com base apenas em fatos intrínsecos à própria prática delitiva, retifico a valoração negativa promovida pela magistrada sentenciante, para tomá-la como favorável.

Já os **motivos do crime** devem ser entendidos como sendo os fatores que levaram o agente a praticar a infração penal. Em verdade, “são os precedentes que levam à prática da ação delituosa. Com o fito de evitar o bis in idem, essa circunstância judicial somente será valorada quando a motivação não integrar o tipo penal, não caracterizar qualificadora, causa de diminuição ou de aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica. [...]

In casu, têm-se que são inerentes ao tipo penal violando visando à obtenção de ganho fácil.

Por fim, as **consequências do crime** indicam os efeitos danosos provocados pela prática delituosa, sua repercussão para a vítima, seus familiares, e a coletividade. Sua aplicação exige cautela, pois as consequências inerentes ao delito não podem funcionar como fator de exasperação da pena. Assim, entende-se que devem ser anormais ao tipo, de modo que extrapolem o resultado esperado.

[...]

Na espécie, embora também entenda que, dada a grande quantidade de drogas apreendidas, as consequências extrapolam as que normalmente se verificam, vez que se mostram capazes de atingir uma gama muito grande de pessoas, em especial, usuários e suas famílias, além de fomentar a prática de tantos outros crimes, levando em conta que a n. julgadora se valeu de elementos abstratos e genéricos e, ante a ausência de recurso ministerial, veio-me compelido ao reexame de tal vetor, para tê-lo como favorável.

Seja como for, tem-se que, em verdade, consoante se infere da redação da sentença, a d. julgadora singular afastou a pena basilar do mínimo legal por tomar em consideração “a considerável quantidade de entorpecentes apreendida, a saber, 28,655kg (vinte e oito quilos e seiscentos e cinquenta e cinco gramas) de maconha,

distribuídos em 31 (trinta e uma) barras prensadas e mais 02 (duas) porções; bem como 11,0g (onze gramas) de cocaína, distribuídos em 16 (dezesesseis pinos), material este suficiente para proporcionar vastíssima disseminação dos entorpecentes no meio social”, e não necessária e obrigatoriamente por força do exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Tomou em consideração, pois, o comando do artigo 42 da Lei de Tóxicos, para estabelecer a pena basilar acima do mínimo legal. Ora, sabido que a cocaína possui elevado poder entorpecente, sendo altamente nociva à saúde. *In casu*, a grande quantidade de maconha apreendida não pode ser considerada irrelevante, o que justifica a conteúdo, a exasperação operada no decisório. Dessa forma, ainda que favorável a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes pode o juiz, atento a natureza e/ou a quantidade do produto apreendido, fixar a pena base acima do mínimo legal, desde que, obviamente, o faça fundamentadamente, como, na espécie.

Nestes termos, concordo com a pena base fixada em atenção ao comando do artigo 42 da Lei de Tóxicos, que dispõe, expressamente, que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Como já anotado por várias vezes, o réu foi preso na posse de grande quantidade de maconha. Também detinha a posse de cocaína.

Como cediço, a valoração da natureza e da quantidade do entorpecente apreendido pode ser feita na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena (vide STF, ARE 666.334/AM). Na espécie, a d. Colega de primeiro grau o fez na primeira fase, o que se afigura correto.

A natureza e a quantidade das drogas apreendidas, nos termos do artigo 42 da Lei de Tóxicos, autorizam a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Assim, percebe-se que o aumento de pena deu-se de acordo com a quantidade de entorpecente apreendido e foi feito de forma idônea e de acordo com o princípio da razoabilidade, não havendo qualquer razão para a alteração na pena estabelecida em primeira instância.

[...]

Reitere-se; no caso em concreto, houve a apreensão de 28,655kg (vinte e oito quilos e seiscentos e cinquenta e cinco gramas) de maconha, e 11,0g (onze gramas) de cocaína. Assim sendo, afigura-se mais que razoável a pena base fixada, estabelecida em atenção às peculiaridades do caso concreto - 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias multa.

Na segunda fase da dosimetria, verifico que merece acolhida o pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. [...]

Como a lei não estabelece o *quantum* mínimo e máximo de redução, é de se entender que o legislador deixou ao prudente critério do julgador estabelecer, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, e observadas as especificidades de cada caso concreto, o montante adequado para atenuar a pena. As especificidades do caso concreto apontam para uma redução de pequena monta. A reprimenda não pode ser reduzida a ponto de frustrar os seus fins precípuos, quais sejam, o de prevenção e reprovação do delito.

Assim, reduzo a pena corporal em 06 (seis) meses e a de multa em 50 (cinquenta) dias multa, para estabelecer a reprimenda provisória em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias multa.

Na terceira fase, a Defesa pleiteia o reconhecimento da causa especial de

Superior Tribunal de Justiça

diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, ao argumento de que o apelante é primário e possuidor de bons antecedentes; e o decote da causa de aumento inserta no inciso VI, do artigo 40, da mesma lei, sob as alegações de que “não há nenhuma prova concreta que demonstre que a menor estava a serviços do acusado na prática do nefasto comércio de entorpecentes”, e que não foi realizada qualquer investigação que produzisse uma prova sequer que o apelante se valia da sua namorada de alguma forma para a prática do nefasto comércio”, bem assim, que o “fato da menor usar drogas naquela oportunidade, por si só não autoriza a aplicação da agravante” (sic, f. 202).

Tenho por inviável a pretensão defensiva.

Por primeiro, mister salientar que a aplicação da causa especial de redução de pena de maneira indiscriminada desvirtua a clara intenção legislativa de aumentar a repressão ao tráfico de drogas.

Cumprе consignar, ainda, que a aplicação da referida causa especial tem por objetivo reduzir a sanção penal daquele que se mostra traficante ocasional, principiante, dando-lhe a oportunidade de procurar outro meio de vida. Para a sua concessão é necessário que o réu cumpra os requisitos elencados em lei, de forma cumulativa e simultânea - deve ser primário, possuidor de bons antecedentes, não pode se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

O benefício, ou privilégio em análise, é direcionado para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente, muitas vezes para sustentar seu próprio vício, e não ao traficante contumaz, que exerce, com habitualidade, a atividade ilícita.

Pois bem. Na hipótese, embora o réu seja primário, é de se tomar em conta a grande quantidade de entorpecentes que foram apreendidos em sua posse.

Com efeito, quem é preso em flagrante delito de posse de mais de 28,50kg (vinte e oito quilos e quinhentos gramas) de maconha e 11,0g (onze) gramas de cocaína, além de 02 (duas) balanças de precisão, não pode ser havido como traficante principiante ou eventual. A quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos constituem grande indicativo de que o réu, realmente, se dedicava à mercancia ilícita.

Por tudo o que foi exposto, tem-se que as circunstâncias ligadas ao fato fornecem claros indícios de que o tráfico de drogas é conduta habitual do apelante, que não se importa com a repercussão social de suas atividades, muito menos com a atuação repressiva do Estado. Portanto, não vislumbro possibilidade de diminuir-lhe a pena, concedendo-lhe este tipo de benefício.

[...]

Em resumo, não vislumbro haver lugar para conceder ao apelante a benesse almejada. Como já dito, para que se opere a redução pretendida, é necessário que o acusado preencha cumulativamente todos os requisitos previstos em lei, ou seja, deve ser primário, possuidor de bons antecedentes e não pode se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. O benefício ou privilégio em análise é direcionado para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente, muitas das vezes para sustentar seu próprio vício, e não ao traficante contumaz, que exerce, permanentemente e com habitualidade, a atividade ilícita, fazendo dela seu meio de vida.

[...]

Desta feita, mantenho o aumento da pena provisória - 07 anos e 06 meses de reclusão e 750 dias multa - em 1/6 (um sexto), **concretizando-a em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime fechado (artigo 33, § 2o, alínea 'a', do CP), e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias multa, no valor**

Superior Tribunal de Justiça

unitário mínimo.

Ao derradeiro, tem-se por incabíveis a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou a suspensão condicional da pena, ante o não preenchimento dos requisitos legais, previstos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

Assim, quanto à dosimetria da pena, na primeira fase, tem-se que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base na fração de 3/5 (3 anos).

Na análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), o Juízo de primeiro grau considerou negativas de culpabilidade, antecedentes, conduta social, motivos e consequência. Por sua vez, a Corte local afastou a negatificação das circunstâncias retrocitadas, exceto a dos antecedentes. Entretanto, ambas instâncias consideram elevada a quantidade de entorpecentes apreendidos (28,655 kg de maconha e 11 g de cocaína – fl. 146), para fins de fixação da pena-base (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Então, não assiste razão à pretensão mandamental de revisão da pena-base, pois esta Corte Superior, em casos com quantidade similar de entorpecentes, entendeu que *o aumento da pena-base em 3 anos acima do mínimo legal ocorreu dentro dos patamares de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto presentes elementos concretos que evidenciam maior culpabilidade e maior reprovação da conduta em vista da expressiva quantidade de drogas apreendidas, somando quase 5 kg de maconha* (AgRg no HC n. 522.081/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/10/2019).

No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.758.560/RO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 21/6/2019; e AgRg no AREsp n. 1.429.336/TO, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 30/8/2019.

Em seguida, ainda na dosimetria da pena, na segunda fase, a Corte estadual reformou a sentença para aplicar a atenuante da confissão, na fração de 1/16, *considerando as especificidades do caso concreto apontam para uma redução de pequena monta. A reprimenda não pode ser reduzida a ponto de frustrar os seus fins precípuos, quais sejam, o de prevenção e reprovação do delito* (fl. 88). Porém, ao que se tem, não está presente fundamentação suficiente para aplicar fração da atenuante inferior a 1/6.

Superior Tribunal de Justiça

Com razão, nesse ponto, a impetração, nos termos do entendimento desta Corte, para a qual *a redução da pena decorrente do reconhecimento da confissão espontânea concedida no patamar de 6 meses pelas instâncias ordinárias, evidencia constrangimento ilegal, pois, apesar da legislação não prever as frações na aplicação das atenuantes e agravantes, o entendimento desta Corte de Justiça é no sentido de que a fração inferior a 1/6 deve ser fundamentada, o que não se observa nos autos* (HC n. 492.801/MS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 17/6/2019).

No mesmo sentido: HC n. 402.805/PR, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 31/8/2017.

Encerrando as alegações quanto à dosimetria, em relação à terceira fase, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), considerando que o paciente se dedica habitualmente a atividade criminosa, em razão da quantidade de drogas apreendidas.

Quanto a esse tema, a Suprema Corte e este Tribunal Superior entendem que a utilização da quantidade de entorpecentes para fixar a pena-base e para negar aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) caracteriza *bis in idem*. Precedentes: RE em ARE n. 666.334, Ministro Gilmar Mendes, DJe 6/5/2014; HC n. 337.341/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 11/12/2015; e HC n. 201.127/MS, Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 22/10/2014.

A despeito disso, a vultosa quantidade de entorpecente impõe a aplicação da causa de diminuição de pena na sua fração mínima, isto é, em 1/6. Precedentes: AgRg no AREsp n. 1.281.254/TO, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 27/8/2019; e HC n. 510.077/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 5/8/2019.

Assim, necessário redimensionar a pena imposta ao paciente.

Na primeira fase, mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias (fls. 87 e 146), em 8 anos de reclusão e em 800 dias-multa. Na segunda fase, aplica-se a atenuante da confissão em 1/6, passando a reprimenda para 6 anos e 8 meses de reclusão e para 666

Superior Tribunal de Justiça

dias-multa. Na terceira fase, aplica-se a causa de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, em 1/6 – resultando em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e em 777 dias-multa – e a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/6. Ausentes outras causas de aumento ou diminuição da pena, fixa-se a pena definitiva **em 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão e em 647 dias-multa.**

Ademais, quanto ao regime inicial, a sentença fixou o regime inicial fechado, em razão das peculiaridades do caso.

Tem-se que, para este Tribunal Superior, *se 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* (Enunciado n. 440 da Súmula do STJ, Terceira Seção, DJe 13/5/2010).

A interpretação do referido enunciado em sentido inverso conduz ao entendimento de que, se a pena-base é fixada acima do mínimo legal, como no caso em análise, é cabível a imposição de regime inicial mais rigoroso de cumprimento da pena.

Assim, considerando o *quantum* de pena privativa de liberdade definitiva imposta (6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão) e a exasperação da pena-base (fl. 146), não se verifica constrangimento ilegal no regime inicial fixado.

Finalmente, quanto à pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tem-se que está prejudicada, em razão do *quantum* de pena privativa imposta superior a 4 anos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Em razão disso, **concedo liminarmente** a ordem impetrada, em parte, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão e para 647 dias-multa, referente à sua condenação na Ação Penal n. 0024.18.058.603-4, da 2ª Vara de Tóxicos da comarca de Belo Horizonte/MG.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

