HABEAS CORPUS Nº 529.650 - SP (2019/0255029-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	TATIANA ELISA MARÃO BERAQUET - SP205232
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CHRISTIAN BARROS DOS SANTOS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CHRISTIAN BARROS DOS SANTOS em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 235-236).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c arts. 42, 43 e 40, inciso III, todos da Lei 11.343/2006, e art. 61, I, do Código Penal à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.166 dias-multa.

Interposta apelação pela defesa, foi dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 10 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão e 1.020 dias multa, tendo sido mantida, no mais, os termos da sentença condenatória.

Sustenta a defesa, em suma, que a pena-base foi majorada em razão da gravidade abstrata do delito, já que a quantidade e natureza da droga não justificam o aumento da pena, servindo apenas para fundamentar o enquadramento da conduta do paciente no delito de tráfico de entorpecentes. Defende, ainda, a compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, nos termos da súmula 545 do STJ.

Requer, assim, o redimensionamento da pena.

Não houve pedido de liminar.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

O Tribunal de Justiça, ao julgar o apelo defensivo, reduziu o *quantum* da sanção imposta (fls. 239-241):

> A pena, contudo, comporta redução, porquanto excessivo o aumento da pena

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DB3E5BBE-FCE9-4D70-8F44-01AD0C8CC750

no percentual de 1/3 (um terço), na segunda fase da dosimetria da pena, pela agravante da reincidência, em razão de apenas uma anotação de reincidência, devendo ser reduzido para 1/6 (um sexto). **Assim, mantenho a pena-base em 1/2 (metade) acima do mínimo legal, suficientemente justificada na r. sentença, tendo em vista a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas e as circunstâncias judiciais altamente negativas, em especial as atinentes à conduta social às circunstâncias do crime (eis que tem condenação por delito de roubo - certidão de fls. 107/109 e folha de antecedentes a fls. 44 - processo n° 54546/2006-, e estava em gozo de livramento condicional quando do cometimento deste fato (fls.43), demonstrando ser pessoa completamente insensível à repreensão estatal)**, e majoro-a, a seguir, em 1/6 (um sexto), pela agravante da reincidência (certidões de fls. 67/72 e 98 - Processo n° 150/2010). Por fim, mantenho a majoração em mais 1/6 (um sexto) na terceira fase, pela causa especial de aumento de pena do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, o que resulta na pena definitiva de 10 (dez) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 1020 (mil e vinte) dias-multa.

Registro que o apelante, por ser reincidente e portador de mau antecedente, não faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06.

E comprovado o tráfico ilícito de drogas pelo apelante, inclusive pela sua confissão judicial**,** o perdimento do valor apreendido deve ser mantido, por se tratar de produto do crime, nos termos do artigo 63, caput, da Lei de Drogas.

Por fim, o regime prisional inicial fixado é o legal (artigo 2º, § Iº, da Lei n° 8.072/90, com a redação dada pela Lei n° 11.464/07). Anoto que referido dispositivo legal não padece de qualquer vicio de inconstitucionalidade, mesmo porque a norma emanou de Poder Competente, resultante de regular processo legislativo, e está em consonância com a Constituição Federal, que estabeleceu tratamento mais severo aos crimes hediondos ou a eles equiparados, não havendo afronta ao princípio da individualização da pena. Ademais, referido dispositivo se encontra em plena vigência, pois não há notícia de que ele tenha sido declarado inconstitucional, com efeito erga omnes, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

E, in casu, não há que se falar em detração penal, para fins de determinação do regime inicial, em relação ao tempo de prisão provisória do apelante, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porquanto, na data da sentença (norma dirigida ao juiz sentenciante), como reincidente, ele ainda não havia cumprido 3/5 (três quintos) da pena imposta.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para reduzir a pena a 10 (dez) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 1020 (mil e vinte) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Na hipótese, o Tribunal estadual manteve a pena-base em 1/2 acima do mínimo legal em razão da quantidade, natureza e diversidade da droga apreendida, bem como da presença dos maus antecedentes. Em seguida, majorou a pena em 1/6 pela agravante da reincidência, mantendo, na terceira

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DB3E5BBE-FCE9-4D70-8F44-01AD0C8CC750

fase, o aumento de 1/6 pelo art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006.

Não obstante a natureza danosa do estupefaciente, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante, no caso 15 gramas de cocaína e 82,55 gramas de maconha (fl. 43), e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), desautorizam a exasperação da pena-base.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...]
> CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE INJUSTIFICADO.
> 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.
> 2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.
> 3. **tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de droga apreendida, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).**
> REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO *QUANTUM* FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E PERMUTA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
> 1. **Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.**
> 2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a sanção reclusiva por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente.
> (HC 438.505/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018).
>
> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DB3E5BBE-FCE9-4D70-8F44-01AD0C8CC750

> ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE.
> 1. O fato de a agravada não ter comprovado o exercício de atividade lícita, não é fundamento idôneo, por si só, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena.
> 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar diverso do máximo.
> 3. **No caso, no entanto, a quantidade de droga apreendida 10,02g (dez gramas e dois centigramas) de crack não se mostra significativa para justificar a não aplicação da minorante no seu patamar máximo. De fato, não obstante o crack seja considerado de grande nocividade, pelo que se tem dos autos, a agravada estava na posse de pequena quantidade do referido entorpecente, razão pela qual não é razoável a sua consideração na terceira fase da dosimetria.**
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp 473.269/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).

Afasto, assim, a valoração negativa da natureza da droga na pena-base.

Sobre o reconhecimento da atenuante de confissão, consta da sentença, no ponto, mantida pelo Tribunal de origem (fls. 215 e 217):

> [...].
> Ao cabo da instrução criminal, foi demonstrada a responsabilização penal do réu pelos fatos narrados na denúncia, bem como a materialidade do crime, consistente nos elementos sensíveis do fato delituoso, pelo Boletim de Ocorrência (fls. 09/11), termo de exibição e apreensão (fls. 19), laudo de constatação (fls. 23/24), laudo químico toxicológico (fls. 54/58), laudo do Instituto de Criminalística (fls. 89/92), documento comprovador do depósito judicial (fls. 42 e 52/53), confissão qualificada e depoimentos tomados.
> [...].
> Em Juízo, assistido por seu advogado, disse verdadeiros, em parte, os fatos narrados na denúncia, alegando que não mora no lugar da prisão, pois mora, há 29 anos, em Guaianazes, São Paulo. Haveria uma festa em um sítio e diversas pessoas participantes da festa fizeram uma vaquinha, deram-lhe o dinheiro e, então, comprou as drogas em São Paulo, Guaianazes, de pessoa que não identificou, para levar à festa. A maior parte das pessoas que participariam da festa iria usar as drogas que o interrogando iria levar. **Faz uso eventual de droga, mas somente cocaína. Já foi preso e processado por roubo** e, ao tempo de sua prisão, estava desempregado, havia, aproximadamente, quatro meses. Admitiu que as tatuagens - duas - de palhaço que tem no braço direito são designadoras de assaltante (fls. 102/103).
> [...].
> **Torno as penas definitivas, na ausência de circunstâncias modificadoras aplicáveis, pois não o acode o acusado a atenuante da confissão, pois qualificada, além de desacompanhada de qualquer traço de arrependimento**. Neste sentido: Neste sentido: 'WJo deve ser considerada

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DB3E5BBE-FCE9-4D70-8F44-01AD0C8CC750

> na fixação da pena a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se do interrogatório do réu este não assiná-la certos caracteres do fato criminoso, ou seja, limita-se a confissão qualificada". (STF-HC - Rei. Exmo. Min. CARLOS VELLOSO - j. 17/12/96 - RT 741/558).

Como se vê, a confissão do paciente, embora alegada pela defesa, não foi reconhecida na origem. Com efeito, do édito condenatório extrai-se que o paciente admitiu apenas que *faz uso eventual de droga, mas somente cocaína*. Sendo assim, o magistrado de origem tornou as penas definitivas *na ausência de circunstâncias modificadoras aplicáveis, pois não o acode o acusado a atenuante da confissão, pois qualificada, além de desacompanhada de qualquer traço de arrependimento*.

Em relação ao tema, vale ressaltar que, ressalvada compreensão pessoal em sentido contrário, as Quinta e Sexta Turmas desta Corte entendem não ser possível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea nos casos em que o agente, não obstante reconheça a propriedade dos estupefacientes apreendidos, afirme que é para uso pessoal e não para a traficância, como no caso dos autos.

Nesse sentido, a Súmula 630/STJ, segundo a qual: *A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio* (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2019, DJe 29/04/2019).

No mesmo norte, os seguintes julgados:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.
> [...]
> 5. **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.
> *6. Habeas corpus não conhecido.* (HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PESSOAL. TRAFICÂNCIA

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DB3E5BBE-FCE9-4D70-8F44-01AD0C8CC750

> NÃO CONFESSADA.
> 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante (HC 237.252/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014).
> **2. Todavia, no caso dos autos, embora o réu tenha reconhecido a propriedade da droga apreendida, não confessou a prática do crime de tráfico de drogas, afirmando ser mero usuário.**
> **3. É firme nesta Corte Superior o entendimento 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. Nessa hipótese, inexiste, nem sequer parcialmente, o reconhecimento do crime de tráfico de drogas, mas apenas a prática de delito diverso. Precedentes.**
> *4. Agravo regimental ao qual se dá provimento.* (AgRg no REsp 1417551/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 12/12/2017)

Passo, portanto, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, afastando-se a quantidade, natureza e variedade de drogas, restando a conduta social e circunstância do crime, reduzo o aumento da pena de 1/2 para 1/3. Para a segunda fase, mantenho o aumento estabelecido pela Corte de origem em 1/6. Ao fim, no âmbito da terceira fase, bem reconheço a majoração em mais 1/6, pela causa especial de aumento de pena do art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006. Ausentes outras causa de modificação da pena, fixo-a em 9 anos e 26 dias de reclusão, mais 906 dias-multa.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena definitiva em 9 anos e 26 dias de reclusão, mais 906 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DB3E5BBE-FCE9-4D70-8F44-01AD0C8CC750