



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 564150 - SP (2020/0050490-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : VICTOR ALMEIDA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR ALMEIDA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : CARLOS EDUARDO DA SILVA COURA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **VICTOR ALMEIDA DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais 583 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação junto a Corte local, que negou provimento ao recurso.

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, constrangimento ilegal decorrente: a) da negativa de incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; b) do não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena; c) da fixação do regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do crime.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, seja aplicada a causa de diminuição do tráfico privilegiado ao paciente, bem como seja fixado o regime inicial aberto ou semiaberto.

Liminar deferida para que o paciente aguarde no regime semiaberto o julgamento definitivo deste *habeas corpus*, salvo, evidentemente, se por outro motivo estiver preso (e-STJ, fls. 33-34).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para confirmar a liminar (e-STJ, fls. 44-52).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, ratificou a pena fixada na sentença condenatória, em decisão assim motivada:

"Dosimetria

As bases de ambos partiram do piso - 5 anos de reclusão e 500 dias-multa -, porque consideradas normais as circunstâncias judiciais.

Na intermediária, ausentes agravantes. Não é caso de reconhecimento da confissão de VICTOR, porquanto parcial e incompleta - falseou a verdade à medida que refutou o tráfico, afirmando ser mero usuário- aplicando-se a

Súmula/STJ, nº 630 - 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. Mesmo que assim não fosse, estaria prejudicada, nos termos da Súmula/STJ, nº 231 e REnº 597.270 RE-QO, do STF - julgado, com repercussão geral reconhecida, em 26/3/09-, que impede a fixação das bases aquém dos mínimos, assim como a referente à sua menoridade relativa.

Na derradeira, mantém-se a causa de aumento do art. 40, III, na fração de 1/6, 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, pois comprovado pelo laudo de fls. 103/106 que o delito foi praticado nas imediações de uma creche (160m) e de um Centro de Referência de Assistência Social (240m). Ainda nesta etapa, não era mesmo o caso de incidência da minorante da Lei nº 11.343/06, art. 33,§ 4º, cuja razão, como já assentou o STJ, é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp1341280/MG, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).

[...]

Por isso, para a aplicação da redução são exigidos,além da primariedade e dos bons antecedentes, que não integre organização criminosa ou se dedique a atividades delituosas.

No caso, a despeito da primariedade,as particularidades - apreensão de quantidade significativa de entorpecentes, 58,82g de maconha -, aliada ao encontro de petrecho (balança de precisão) e numerário (cuja origem lícita não foi esclarecida), são evidentes indicadores de dedicação a atividades criminosas, até porque ninguém consegue considerável volume de drogas, sem se valer de organizações criminosas, podendo-se concluir,desta forma, que fazem do ilícito seu modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo" (e-STJ, fls. 49-51).

Inicialmente, convém destacar que 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.

Quanto ao reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, como bem destacado pela Corte de origem, conforme a Súmula 231 do STJ, não pode tal circunstância conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, como na hipótese em que a sanção básica foi estabelecida no mínimo. Portanto, inexistente o constrangimento ilegal aduzido pela defesa.

Quanto à incidência da minorante do tráfico privilegiado, melhor sorte socorre ao impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado

em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso dos autos, observa-se que a instância antecedente afastou a incidência da minorante, por entender que a quantidade do entorpecente - 2 porções de maconha (58,82g) e a apreensão de balança de precisão e de R\$ 60,75, em espécie, denotam o envolvimento do paciente com o comércio espúrio.

Entretanto, de uma análise atenta dos autos, verifica-se que não há elementos suficientes que comprovem o envolvimento habitual do acusado com o tráfico de entorpecentes, e, embora os parâmetros descritos no art 42 da Lei de Drogas sejam considerados como elementos idôneos para se modular a causa de redução da pena, segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, verifica-se que o *quantum* de drogas apreendidas - 2 porção de maconha (58,82 g) - não é suficiente para se inferir a dedicação do paciente ao comércio espúrio, sobretudo por ser primário e de bons antecedentes.

Assim, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do acusado à atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1044533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções."

(HC 395.574/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Nas fases iniciais, a pena foi estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, a qual majoro em 1/6, pela incidência do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da referida norma, reduzo na fração de 2/3, resultando a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, também assiste razão ao impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

[...]

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 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.

4. Com base no 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.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator