



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1864873 - SP (2020/0053865-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : GUILHERME SILVA BATISTA
ADVOGADO : GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO - SP269210
RECORRENTE : PAULO VINICIUS DA SILVA
RECORRENTE : MURILO MARQUES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JOYCE SANTOS DE OLIVEIRA PALMA RESENDE - DEFENSORA
PÚBLICA - SP275703
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **MURILO MARQUES DE OLIVEIRA** e **PAULO VINICIUS DA SILVA**, manejado com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que os condenou, respectivamente, às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, calculados no mínimo legal e 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, em seu valor mínimo (e-STJ, fls. 527-538).

A defesa aponta, inicialmente, negativa de vigência ao art. 33, §4º, da Lei de Drogas, alegando a inexistência de comprovação que os recorrentes se dedicavam a atividades criminosas. Acrescenta, ainda, que a quantidade de drogas apreendidas não serve como fundamento para excluir a aplicação do referido benefício.

Sustenta, também, violação ao art. 59 do CP, haja vista que a quantidade e a diversidade de substâncias ilícitas são elementares do delito de tráfico de drogas, não podendo, portanto, serem utilizadas como circunstâncias para aumentar a pena base.

Pleiteia, ainda, o reconhecimento da confissão espontânea do recorrente Paulo Vinícius da Silva (Violação do art. 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal).

Alega que, tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há razão a justificar o estabelecimento do regime fechado, em respeito ao art. 33, §2º, do CP.

Aduzem, ainda, a possibilidade de substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Estatuto Repressivo.

Por derradeiro, afirmam a necessidade de aplicação da detração penal prevista no artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal (e-STJ, fl. 557-584).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 631-642).

Admitido o recurso (e-STJ, fls. 646-647), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo "não conhecimento do recurso" (e-STJ, fls. 661-665).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece parcial acolhimento.

Inicialmente, convém anotar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a

pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

No caso, observa-se que o Tribunal de origem considerou como desfavorável a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - **31,08g de "Cannabis Saúva L", conhecida como "maconha", acondicionados em 18 porções, bem como 01 tablete pesando 307,86 gramas da referida droga, além de 29,32 gramas de "Erythroxylon coca", conhecida como "cocaína", e mais 112,38g de "cocaína" na forma de pedras de "crack"** - para exacerbar a pena-base dos réus em 1/3.

De outra parte, consoante o 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.

No caso em apreço, o acórdão recorrido reformou a sentença de primeiro grau para afastar o referida causa de diminuição de pena, com base nos seguintes fundamentos:

"A causa de diminuição de pena prevista no art. 33. § 4º, da Lei nº 11343/06, é de ser afastada, uma vez que, diante da **grande quantidade e variedade de substâncias entorpecentes traficadas pelos apelados**, cujo valor é totalmente incompatível com a situação econômica dos apelados, considerando as informações de suas vidas pregressas de fls. 13, 17 e 21, que informam estar Paulo desempregado, Murilo trabalhar como lavador de autos, com renda mensal de apenas R\$1.200,00, e Guilherme, como borracheiro, com renda mensal de R\$1.600,00, **tudo a demonstrar que vinham fazendo do tráfico seu meio de vida, dedicando-se à atividade criminosa**, o que, por si só, impede a concessão do benefício." (e-STJ, fl. 536, grifou-se).

Como visto, o Tribunal de origem negou a aplicação da minorante por entender que a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, juntamente com 01 balança de precisão, 03 aparelhos celulares, além dos altos valores em dinheiro encontrados em poder dos acusados, são suficientes para comprovar que eles vinham fazendo do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida.

Portanto, assentado pela instância ordinária, soberana na análise dos fatos, que os recorrentes fazem do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível nesta sede especial, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ.

A propósito:

"[...]

1. O Tribunal de Justiça, ao analisar as circunstâncias dos autos - quantidade e natureza da droga, balança de precisão e certa quantia em dinheiro - afirmou que o acusado se dedicava a à atividade criminosa.

2. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão.

Omissis.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 382.406/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 15/3/2017);

"[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há

necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Vale anotar também que o STJ tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pelo STF no ARE n. 666.334/AM.

Cito, por oportunos, os seguintes precedentes:

"[...]

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, incorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017).

"[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334

(Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

No que diz respeito a confissão espontânea do recorrente Paulo Vinícius, o acórdão recorrido, assim se manifestou;

"O reconhecimento da autoria delitiva e suas circunstâncias, pela confissão, deve corresponder a um gesto espontâneo de arrependimento, demonstrando o autor do ilícito pesar ou propósito de que, o ato declarado não se repetirá. No caso dos autos, possível a conclusão de que o apelado Paulo foi deveras beneficiado com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, quando sequer fazia jus, pois não se vislumbra tivesse o ato por ele manifestado revestido de tais características, sendo possível a conclusão de que somente admitiu a prática do ilícito em razão de se encontrar comprometido pela evidência demonstrada por sua prisão em flagrante e, ainda, afastar a culpabilidade de seus comparsas, o que separa a espontaneidade de sua admissão da prática do ato ilícito, devendo, portanto, ser afastada a respectiva redução, remanescendo a atenuante da menoridade relativa, pela qual aplico a fração de redução em 1/6 (um sexto), atingindo a pena do apelado Paulo o "quantum" de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, calculados no mínimo legal." (e-STJ, fls. 535-536).

Na espécie, conforme se infere do trecho acima transcrito, o acórdão recorrido olvidou-se de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea na segunda etapa do procedimento dosimétrico, por entender que essa não se deu de forma espontânea.

Todavia, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

A fim de corroborar esse entendimento, podem ser mencionados os seguintes precedentes:

"[...]

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

Omissis.

5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se);

"[...]

2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC

Desse modo, reconhecida a incidência das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, atribuindo-se a cada uma delas a fração redutora de 1/6, deve a pena ser restabelecida ao mínimo legal de 5 anos de reclusão, na fase intermediária, nos termos da Súmula 231/STJ.

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão à defesa.

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

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 condenado 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.

Na hipótese, embora os recorrentes sejam primários e as penas definitivas tenham sido estabelecidas abaixo de 8 anos de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) mostra-se adequado à espécie, em razão da valoração negativa de circunstância judicial na terceira etapa da dosimetria – quantidade de entorpecente apreendido.

A propósito:

[...]

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal - CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (1.085g de cocaína).

- Rever a fração aplicada na origem a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é procedimento vedado a este Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial, em que não se admite o reexame de matéria fático-probatória. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte (ut, AgRg no REsp 1470904/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/12/2014).

- Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao recorrente não reincidente, condenado à pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína). (HC 228.963/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/04/2015).

- Não há falar em *bis in idem* na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar pena-base e fixar o regime inicial mais severo

- A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal). Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1317838/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016)

[...]

1. Na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, entre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução - de um sexto até dois terços - e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no REsp 1.298.240/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 869.591/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016). No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, segundo a qual considerou a

elevada quantidade de droga apreendida - 1.900g de pasta-base de cocaína mais 30g de maconha.

2. Verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, e o sentenciado seja primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstâncias desfavoráveis, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida, que foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Restando a pena definitiva superior a 4 anos, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois o agravante não atende ao requisito objetivo para o deferimento da permuta legal. (Precedentes.)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1002290/AM, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017)

Mantidas as penas em patamares superiores a 4 (quatro) anos de reclusão, não há falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Por fim, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, "após o trânsito em julgado, cabe ao juízo das execuções a aplicação da detração penal, verificando, no caso, a possibilidade de fixação de regime prisional mais benéfico." (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1.257.271/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em relação ao réu Paulo Vinicius e redimensionar a sua pena, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator