



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 895557 - SP (2024/0070593-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : MURILO MARTINS MELO DE SOUZA
ADVOGADO : MURILO MARTINS MELO DE SOUZA - SP438931
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO ALVES (PRESO)
CORRÉU : GUILHERME FELIPE BEZERRA ALVES
CORRÉU : KAROLAINE DOS SANTOS DOS REIS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARCOS ROBERTO ALVES, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJ/SP que negou provimento à Apelação Criminal n. 1500489-65.2021.8.26.0603.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.500 dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006).

O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela defesa, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Sentença condenatória. Pedidos de absolvição quanto ao delito de associação ao tráfico. Descabimento.

Materialidades e autorias comprovadas. Conjunto probatório apto a embasar as condenações operadas. Penas bem fixadas, observado o sistema trifásico. Confissão não utilizada para o convencimento do julgador. Não cabe no caso sob análise a figura do tráfico privilegiado, eis que não preenchidos todos os seus 4 (quatro) requisitos, elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas. Pleito defensivo de afastamento da pena de multa. Impossibilidade Não pode o julgador deixar de condenar à pena de multa nem fixá-la fora dos limites estipulados em lei, uma vez que, como visto, descabe ao Poder Judiciário substituir o Legislativo, anotando-se, no entanto, que eventual impossibilidade de pagamento da sanção pecuniária poderá ser comprovada na execução

correspondente, competindo ao Juízo das Execuções, portanto, oportunamente verificar a respectiva capacidade econômica, bem como a possibilidade do correspondente parcelamento [artigos 50 (do CP), 687 (do CPP) e 169 (da LEP)]. Manutenção do regime inicial fechado. Outrossim, não tendo a origem procedido à detração prevista no § 2º, do artigo 387, do Código de Ritos, expedida a guia de recolhimento provisória, incumbirá ao Juízo das Execuções fazê-lo Incabíveis na hipótese dos autos a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (CP, art. 44) e o sursis penal (CP, art. 77), até porque o quantum sancionatório (superior a 4 e 2 anos, respectivamente) já os obstaculiza. RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO." (fl. 10).

No presente *writ*, a defesa sustenta desproporcionalidade na fração utilizada pelo Tribunal *a quo* para exasperar a pena-base imposta ao paciente. Alega que inexistem elementos concretos que justifiquem a adoção de aumento superior à usual fração de 1/6 para cada circunstância judicial.

Aduz, ainda, que o réu confessou integralmente os fatos narrados na denúncia, devendo ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

Requer a concessão da ordem para readequar as frações que incidiram no aumento da pena base, bem como para reconhecer a atenuante da confissão.

É o relatório.

Decido.

O pedido comporta julgamento antecipado.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

O TJ/SP manteve a pena aplicada ao paciente mediante a seguinte fundamentação:

"a) Crime de tráfico de drogas.

A basilar foi fixada em acima dos mínimos legislados, em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, em razão da natureza e expressiva quantidade de drogas apreendidas, bem como por força dos maus antecedentes criminais do réu (autos nº 7004546-72.2007.8.26.0506 fls. 523/529).

Com efeito, conforme determina o artigo 42, da Lei de Drogas, na fixação da pena, deverão ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou produto, e não se poderia mesmo ignorar o fato de que,

no presente caso, houve a apreensão de 16 porções de "maconha" (aproximadamente 597,47g), de 78 porções de "crack" (aproximadamente 31,93g), de 24 embalagens contendo "crack" (aproximadamente 13,82g) e de 57 microtubos de "cocaína" (aproximadamente 15,78g), quantidades e diversidades significativas, a evidenciar gravidade concreta, apta a justificar a elevação das reprimendas na primeira fase dosimétrica.

[...]

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Nem se há falar em reconhecimento da atenuante da confissão no caso concreto, eis que, ainda que parcial, não foi utilizada para o convencimento do Juízo.

Aliás, claro está na sentença que a condenação se fundamentou em outros elementos de convicção que não a confissão operada.

[...]

Anote-se, por oportuno, que nem mesmo a incidência de circunstância atenuante pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula nº 231/STJ).

Na terceira etapa, correto foi o entendimento do Juízo de Origem em não reconhecer o privilégio em razão dos seus maus antecedentes criminais e pelo fato do réu se dedicar às atividades criminosas.

[...]

As penas totalizaram, portanto, 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, no piso unitário.

b) Crime de associação ao tráfico.

A basilar foi fixada acima do mínimo legal, perfazendo 04 anos de reclusão e 800 dias-multa, no piso, mercê dos maus antecedentes criminais do réu (autos nº 7004546-72.2007.8.26.0506 fls. 523/529).

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e de diminuição de pena.

As penas perfazem, portanto, 04 anos de reclusão e 800 dias-multa, no piso unitário.

Em face do concurso material, o somatório das penas se impõe.

As penas totalizam em 11 anos de reclusão e 1.500 dias-multa, no piso unitário" (fls. 21/25).

Sobre a pena aplicada ao paciente, o ordenamento jurídico não estabelece um critério objetivo ou matemático para a dosimetria da pena, sendo admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Com efeito, a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados

que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Ademais, em se tratando de pena-base, o art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.

No caso dos autos, com relação ao crime de tráfico de drogas, diante da valoração negativa dos antecedentes, bem como da diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos "*16 porções de "maconha" (aproximadamente 597,47g), de 78 porções de "crack" (aproximadamente 31,93g), de 24 embalagens contendo "crack" (aproximadamente 13,82g) e de 57 microtubos de "cocaína" (aproximadamente 15,78g)*" (fl. 21), não há que se falar em desproporcionalidade da fração de 2/5 utilizada para a exasperação da reprimenda.

Nesse sentido (grifos nossos):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006

*3. No caso, as instâncias ordinárias, em conformidade com o art. 42 da Lei de Drogas, considerara, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas (129 g de cocaína e 26 g de maconha), para elevar a pena em 1/6, o que não se mostra desproporcional. **Cabe consignar que, com base no princípio do livre convencimento***

motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) (AgRg no HC 639.783/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe 6/8/2021).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 875.690/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024.)

Por outro lado, quanto ao crime de associação para o tráfico, considerando a presença de apenas uma circunstância judicial negativa (antecedentes), a fração de aumento aplicada no caso concreto (1/3) mostra-se desproporcional, tendo em vista que foge do parâmetro de 1/6 da pena-base normalmente aplicado nesta Corte Superior.

A propósito (grifos nossos):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. PATAMAR DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - O juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

III - No presente caso, o Tribunal de origem, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou a quantidade e a natureza altamente deletéria dos entorpecentes apreendidos com o paciente, vale dizer, 16,9g de crack, distribuídos em 75 porções, para exasperar a pena-base no patamar de 1/6. Precedentes.

IV - A jurisprudência deste Superior Tribunal, firmou-se no sentido de que a exasperação da basal, pela negatificação de circunstâncias judiciais, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância valorada, fração que se firmou em estrita observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 821.244/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 3/10/2023, DJe de 11/10/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NÃO VERIFICADA. CONSENTIMENTO CONFIRMADO JUDICIALMENTE PELA CORRÉ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE VERIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO RECURSAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, considera-se ilícita a busca domiciliar executada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. 240 do CPP, bem como a prova dela derivada.

2. Situação em que a corré confirmou judicialmente que autorizou a entrada dos policiais no imóvel, por ocasião do flagrante, não tendo a acusada em seu depoimento cogitado nenhum vício no consentimento, fundamentos suficientes para afastar a apontada nulidade probatória por violação de domicílio. Outrossim, a inversão do acórdão demandaria revolvimento fático-probatório, incabível na via eleita, a teor da Súmula n. 7/STJ.

3. Na linha do art. 59 do Código Penal, o julgador não está vinculado a rígidos critérios matemáticos para a exasperação da pena-base, porquanto está no âmbito da sua discricionariedade, embora, ao fazê-lo, deva fundamentar a opção de julgamento com elementos concretos da conduta do acusado. Além disso, inexistente imposição na utilização das frações de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor. O que se mostra imprescindível é o emprego de motivação adequada e a proporcionalidade na exasperação da pena.

4. No caso, a pena-base sofreu acréscimo de 1/5 da pena mínima prevista em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável (antecedentes), sendo consideradas duas condenações com trânsito em julgado, uma pela prática do crime de receptação dolosa e outra pela prática de "quatro crimes de roubo circunstanciado e de duas corrupções de menores, em concurso formal", motivação concreta e idônea, apta a afastar a aventada violação do art. 59 do CP.

5. Constitui inovação recursal a tese de que as condenações utilizadas na primeira fase da dosimetria teriam transitado em julgado há mais de 10 anos, porquanto arguida apenas no agravo regimental, o que impossibilita o seu exame nesta via.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 2.340.777/DF, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023.)

No tocante ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, verifica-se que o Tribunal de origem deixou de reconhecer a atenuante prevista no art. 65, inciso III, "d", do Código Penal, por considerá-la prescindível para o desate condenatório.

Nos termos da jurisprudência desta Corte e conforme Enunciado da Súmula n. 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 a dela se retratar.

Na hipótese em debate, o Tribunal de origem deixou de reconhecer a atenuante por considerá-la prescindível para o desate condenatório. Entretanto, esse entendimento não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, segundo a qual "o art. 65, III, "d", do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório)".

Eis a íntegra da ementa do julgado do qual foram extraídos os trechos acima destacados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 545/STJ. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, QUANDO NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 65, III, "D", DO CP. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (VERTRAUENSCHUTZ) QUE O RÉU, DE BOA-FÉ, DEPOSITA NO SISTEMA JURÍDICO AO OPTAR PELA CONFISSÃO. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Ministério Público, neste recurso especial, sugere uma interpretação a contrario sensu da Súmula 545/STJ para concluir que, quando a confissão não for utilizada como um dos fundamentos da sentença condenatória, o réu, mesmo tendo confessado, não fará jus à atenuante respectiva.

2. Tal compreensão, embora esteja presente em alguns julgados recentes desta Corte Superior, não encontra amparo em nenhum dos precedentes geradores da Súmula 545/STJ. Estes precedentes instituíram para o réu a garantia de que a atenuante incide mesmo nos casos de confissão qualificada, parcial, extrajudicial, retratada, etc. Nenhum deles, porém, ordenou a exclusão da

atenuante quando a confissão não for empregada na motivação da sentença, até porque esse tema não foi apreciado quando da formação do enunciado sumular.

3. O art. 65, III, "d", do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório).

4. Viola o princípio da legalidade condicionar a atenuação da pena à citação expressa da confissão na sentença como razão decisória, mormente porque o direito subjetivo e preexistente do réu não pode ficar disponível ao arbítrio do julgador.

5. Essa restrição ofende também os princípios da isonomia e da individualização da pena, por permitir que réus em situações processuais idênticas recebam respostas divergentes do Judiciário, caso a sentença condenatória de um deles elenque a confissão como um dos pilares da condenação e a outra não o faça.

6. Ao contrário da colaboração e da delação premiadas, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a apuração do crime (dimensão prática), mas sim no senso de responsabilidade pessoal do acusado, que é característica de sua personalidade, na forma do art. 67 do CP (dimensão psíquico-moral).

7. Consequentemente, a existência de outras provas da culpabilidade do acusado, e mesmo eventual prisão em flagrante, não autorizam o julgador a recusar a atenuação da pena, em especial porque a confissão, enquanto espécie *sui generis* de prova, corrobora objetivamente as demais.

8. O sistema jurídico precisa proteger a confiança depositada de boa-fé pelo acusado na legislação penal, tutelando sua expectativa legítima e induzida pela própria lei quanto à atenuação da pena. A decisão pela confissão, afinal, é ponderada pelo réu considerando o trade-off entre a diminuição de suas chances de absolvição e a expectativa de redução da reprimenda.

9. É contraditória e viola a boa-fé objetiva a postura do Estado em garantir a atenuação da pena pela confissão, na via legislativa, a fim de estimular que acusados confessem; para depois desconsiderá-la no processo judicial, valendo-se de requisitos não previstos em lei.

10. Por tudo isso, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, "d", do CP quando houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória.

11. Recurso especial desprovido, com a adoção da seguinte tese: "o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser

utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada".

(REsp n. 1.972.098/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

Posto isto, passo ao refazimento da dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base do crime de tráfico de drogas permanece inalterada, em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa. Com relação ao crime de associação para o tráfico, a basilar deve ser fixada 1/6 acima do mínimo legal, em 3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, as penas devem ser reduzidas na fração de 1/6, o que resulta no patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa (crime de tráfico de drogas), e 3 anos de reclusão e 700 dias-multa (crime de associação para o tráfico), em obediência ao disposto na Súmula n. 231 do STJ.

Ausentes causas de aumento ou de diminuição, as reprimendas se tornam definitivas, tais como estabelecidas na segunda etapa, totalizando, em face do concurso material, 8 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 1.283 dias-multa.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente ao patamar de 8 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 1.283 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de março de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator