



HABEAS CORPUS

SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO
JULGAMENTOS - 01/07/2022.31/12/2022
MIN. NUNES MARQUES
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mais informações: csl-edu.com.br

S
T
F

AGOSTO

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 217.731 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. NUNES MARQUES**
PACTE.(S) : **JUCIARLEN FERREIRA FAGUNDES**
IMPTE.(S) : **EMILIO SANCHEZ NETO**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DECISÃO

1. A defesa de Juciarlen Ferreira Fagundes impetrou *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO (ART. 44, II, CP). AUSÊNCIA DE REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Diferentemente do alegado pela defesa do agravante, incide na hipótese a orientação sedimentada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, "embora o quantum da pena aplicada permita a adoção do regime inicial mais brando, os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal (maus antecedentes), além da presença da reincidência, recomendam que seja adotado regime mais gravoso, sendo inadequada, in casu, a fixação de regime diverso do fechado" (AgRg no REsp n. 1.899.462/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 12/02/2021, grifei).

HC 217731 MC / SP

III - Por ostentar reincidência em crime doloso, o réu não faz jus a substituição da pena corporal por restritiva de direitos em razão da ausência de requisitos, ou seja, art. 44, II, do Código Penal veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ao acusado reincidente em crime doloso, salvo se, em face de condenação anterior, a medida for socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, ponto em que se resente o recurso do requisito do prequestionamento (AgRg no AREsp n. 1.761.481/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, DJe de 11/6/2021, grifei).

IV - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(HC 739.366 AgRg, ministro Jesuíno Rissato, desembargador convocado do TJDFT)

Em suas razões, a parte impetrante pretende, em síntese, a fixação do regime inicial mais brando para o cumprimento de pena do paciente (aberto, no caso) e/ou substituição por penas restritivas de direitos.

É o relatório.

2. O processo está em condições de ser julgado, nos termos do art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno. Dispensou a remessa ao Ministério Público Federal.

Tal o contexto, **entendo não assistir razão ao impetrante.**

Destaco, no ponto, a dicção do Enunciado nº 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

HC 217731 MC / SP

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Consta dos autos que o paciente foi condenado a uma pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, tendo sido o regime inicial semiaberto mantido pelo Superior Tribunal de Justiça com a seguinte fundamentação:

In casu, diferentemente do alegado pela defesa do agravante, incide na hipótese a orientação sedimentada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, " embora o quantum da pena aplicada permita a adoção do regime inicial mais brando, os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal (**maus antecedentes**), além da presença da reincidência, recomendam que seja adotado **regime mais gravoso**, sendo inadequada, in casu, a fixação de regime diverso do fechado" (AgRg no REsp n. 1.899.462/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 12/02/2021, grifei).

Assinalo, nesse ponto, a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que **a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (no caso, maus antecedentes) é justificativa idônea para a imposição de regime mais gravoso**. Exemplificam esse entendimento os seguintes acórdãos: HC 169.658 AgR/PI, ministro Edson Fachin; HC 179.399 AgR, ministro Gilmar Mendes; RHC 185.325 AgR, ministra Rosa Weber, HC 186.098 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; RHC 174.290 AgR, ministro Luiz Fux.

Ademais, **a reincidência é motivação idônea para a fixação regime mais gravoso, ainda que a pena fixada seja inferior a quatro anos**, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ilustram esse entendimento os seguintes acórdãos: HC 127.071, ministro Marco Aurélio; HC 158.306 AgR, ministro Luiz Fux; HC 177.771 AgR, ministro Alexandre de Moraes; HC 182.017-AgR/SP, ministro Roberto Barroso; RHC 156.006 AgR,

HC 217731 MC / SP

ministro Gilmar Mendes.

De outro lado, quanto ao pedido de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, conforme ressaltado pelo ato dito coator (grifei):

No mais, por ostentar reincidência em crime doloso, o réu não faz jus a substituição da pena corporal por restritiva de direitos em razão da ausência de requisitos, ou seja, art. 44, II, do Código Penal veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ao acusado reincidente em crime doloso, salvo se, em face de condenação anterior, a medida for socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, ponto em que se resente o recurso do requisito do prequestionamento (AgRg no AREsp n. 1.761.481/RJ, Ministro Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, DJe 11/6/2021, grifei).

Finalmente, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a culpabilidade, **os antecedentes**, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, quando valorados negativamente, inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, III). Ilustram esse entendimento o HC 155.090 AgR/RJ, ministro Roberto Barroso; o HC 197.397/SP, ministro Marco Aurélio; o RHC 122.178/DF, ministro Dias Toffoli, além dos seguintes julgados:

5. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois, embora preenchido o requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, as instâncias ordinárias concluíram, com observância das balizas fixadas no art. 44, III, do CP, que a substituição da pena privativa de liberdade não se revela adequada na espécie, mormente em face da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Precedentes.

HC 217731 MC / SP

(HC 117.719/RN, ministro Teori Zavascki)

2. A conversão de pena corporal em restritiva de direitos é condicionada ao preenchimento dos requisitos objetivos (pena inferior a 4 anos e que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça) e subjetivos (prognose acerca da suficiência da substituição) elencados no art. 44 do Código Penal. Ausente, no caso, requisito de ordem subjetiva previsto no art. 44, III, do Código Penal.

(HC 163.821/SP, ministro Alexandre de Moraes)

3. Em face do exposto, **indefiro** o pedido de *habeas corpus*.

4. Intime-se. Publique-se

Brasília, 1º de agosto de 2022.

Ministro NUNES MARQUES

Relator

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 212.390 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES
AGTE.(S) : NATHAN JÚNIOR GOMES DA SILVA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

1. Nathan Júnior Gomes da Silva interpôs agravo interno em face de pronunciamento que indeferiu *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que está assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DA PENA E CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. NECESSIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, a causa especial de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 foi afastada não somente pela quantidade de drogas apreendidas - 17kg de maconha -, mas, também, em virtude da existência de outros elementos fáticos, notadamente a apreensão de balança de precisão e outros apetrechos para a prática da traficância. De outra parte, o julgado atacado assentou a incorrência da confissão, mas sim a narrativa de fatos diversos dos apurados nos autos. A modificação desses entendimentos, com a finalidade de aplicar o redutor da pena e a atenuante, demandam o exame aprofundado de provas, o que é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

2. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

HC 212390 AGR / SP

3. Agravo regimental desprovido.
(HC 707.818 AgR, ministro Joel Ilan Paciornik)

Pretende, em síntese, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a aplicação do tráfico privilegiado e o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena (semiaberto ou aberto).

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

2. Inicialmente, no que toca à pretensão de aplicação do tráfico privilegiado e de abrandamento do regime, reitero a decisão agravada, que possui a seguinte fundamentação:

Verifico, de outro lado, no que se refere à incidência da redutora prevista no §4 do art. 33 da Lei de Drogas, que a quantidade da droga apreendida com o paciente (**17kg de maconha**) não foi utilizada, isoladamente, para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

Ao contrário, tal elemento, somado ao contexto em que ocorreu a prisão, além dos apetrechos encontrados para fracionamento e pesagem da droga, foi empregado pelas instâncias de origem como dado indicativo de dedicação do paciente às atividades criminosas, esta sim, circunstância apta a afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, cabendo destacar o seguinte trecho da decisão do Tribunal paulista (com meus grifos):

Com efeito, em que pese a primariedade do acusado (fls. 112/113), **as circunstâncias que envolveram o delito demonstram que ele, de fato, se dedicava à atividade criminosa, eis praticava o espúrio comércio não de forma isolada, mas como meio de vida. Ratificam essa assertiva não apenas a estupenda quantidade de droga apreendida**

HC 212390 AGR / SP

(17kg de maconha, acondicionadas em 25 tijolos, repise-se), **mas também as circunstâncias da prisão, além dos apetrechos utilizados para fracionamento e pesagem da droga (balança e faca).** Não bastasse, quando interrogado, **o próprio apelante confessou que guardava as drogas em sua residência para outra pessoa em troca de dinheiro.**

É importante salientar, ainda, que a figura do tráfico privilegiado, causa especial de redução de pena, não pode ser elevada à condição de regra geral (que, no caso, é o art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06), devendo ser aplicada, segundo penso, apenas quando estiver demonstrado nos autos que o réu é pequeno traficante, eventual ou de menor potencial.

É de se destacar a importância que a Lei 11.343/06 deu à natureza e à quantidade de droga para efeito da realização da dosimetria da pena, valendo conferir a dicção do seu art. 42:

Art. 42. 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.

Vale observar que a conduta social, os maus antecedentes, a reincidência, o concurso de agentes, as circunstâncias da apreensão, a quantidade e a natureza das drogas são exemplos de elementos aptos a indicar a dedicação à atividades criminosas que, por sua vez, é fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado:

2. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.

(HC 98.167, ministra Cármen Lúcia)

1. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL chancela o afastamento da causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) quando presentes fatos indicadores da dedicação do agente a atividades criminosas, como, por exemplo, a) a conduta social do

HC 212390 AGR / SP

acusado, b) o concurso eventual de pessoas, e c) a quantidade de droga (cf. HC 109.168, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 14/2/2012).

(RHC 193.149, Redator para o acórdão o ministro Alexandre de Moraes)

Ademais, para a modificação do entendimento de que o paciente se dedicava à prática delitiva, **seria indispensável o reexame de todo conjunto fático-probatório** produzido nos autos, o que é **inviável na via estreita do habeas corpus, que não admite dilação probatória**, nos termos da jurisprudência pacífica desta Suprema Corte:

I - A orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é firme no sentido de ser **inadequada a via do habeas corpus para reexaminar fatos e provas no tocante à participação do paciente em organização criminosa ou à valoração da quantidade da droga apreendida, quando utilizados como fundamento para afastar ou dosar, aquém do patamar máximo, a causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado**, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

(RHC 170.532 AgR, ministro Ricardo Lewandowski – grifei)

Por fim, constato que também não assiste razão à parte impetrante no que toca ao abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

Conforme ressaltado pelo acórdão ora impugnado, embora o paciente tenha sido condenado a uma pena privativa de liberdade inferior a oito anos, o regime inicial fechado foi fixado em razão da **considerável quantidade de droga apreendida**, o que configura **fundamento idôneo e suficiente** para justificar a fixação do regime fechado.

Destaco, nesse ponto, a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que **a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida são fundamentos idôneos para a imposição de regime mais gravoso**. Exemplificam esse entendimento os seguintes acórdãos: HC 132.904, ministro

HC 212390 AGR / SP

Dias Toffoli; HC 136.818, ministro Teori Zavascki; HC 156.674 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; HC 185.448 AgR, ministra Rosa Weber.

De outro lado, no que toca ao pretendido reconhecimento da confissão espontânea, entendo assistir razão à parte agravante, motivo pelo qual reconsidero, nesse ponto, a decisão agravada e passo a analisar referido aspecto da impetração.

Observo que a sentença condenatória não reconheceu a confissão espontânea, embora conste do interrogatório do agravante a afirmação de que “estava guardando a droga em sua residência para terceiros, pelo que receberia drogas e dinheiro”. Destaco, no ponto, fragmento da sentença:

O réu Nathan, em seu interrogatório judicial, disse "que estava dirigindo e que no momento da abordagem o veículo estava parado. Falou que veio até Avaré para trazer amigos e que a Polícia Militar encontrou uma porção de drogas que era para seu uso. Disse que estava guardando a droga em sua residência para terceiros, pelo que receberia drogas e dinheiro".

[...]

Na segunda fase do cálculo, busca a defesa o reconhecimento da atenuante da confissão.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora afirme que “referida confissão não foi utilizada pelo magistrado sentenciante como elemento de convicção”, ressalta que a “materialidade e a autoria delitivas restaram satisfatoriamente comprovadas [...] principalmente, pela confissão do apelante”, valendo transcrever, no ponto, o acórdão de apelação:

A materialidade e a autoria delitivas restaram satisfatoriamente comprovadas pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 08/10), auto de exibição e apreensão (fls. 11/13), fotografias de fls. 27/34, pelo

HC 212390 AGR / SP

auto de constatação provisória da substância (fls. 41/44), pelo laudo toxicológico definitivo (fls. 91/96), bem como, e principalmente, pela confissão do apelante, corroborada pelo restante da prova oral.

[...]

De fato, extrai-se dos autos que o acusado admitiu a prática delitiva em juízo, afirmando que guardava o entorpecente encontrado em sua residência para terceiro, sendo forçoso, portanto, o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

No entanto, ao contrário do alegado pela defesa, referida confissão não foi utilizada pelo magistrado sentenciante como elemento de convicção. Logo, não incide, na hipótese, a Súmula 545, do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Não bastasse, quando interrogado, o próprio apelante confessou que guardava as drogas em sua residência para outra pessoa em troca de dinheiro.

Entendo, desse modo, estar demonstrado, nos autos, a existência da confissão espontânea e a sua utilização para fundamentar a condenação.

3. Em face do exposto, defiro, em parte, o *habeas corpus*, para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a realização de nova dosimetria da pena, com a aplicação da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d).

4. Intime-se. Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 1º de agosto de 2022.

Ministro NUNES MARQUES

Relator