



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.932 - DF (2014/0010250-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE PEDRO DE CASTRO BARRETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : MARIA JUCINEIDE BARBOSA DE BARROS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA MANTER O REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias levaram em consideração a existência de uma circunstância judicial negativa e a natureza e quantidade da droga apreendida tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.

4. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos. Precedentes.

5. Hipótese em que a pena da paciente, primária, foi reduzida para patamar não superior a 4 anos de reclusão. Entretanto, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria da droga apreendida, circunstâncias que foram sopesadas na primeira fase da dosimetria, impedem o estabelecimento de regime prisional mais brando e a substituição da pena, mantendo-se o regime inicial semiaberto, em observância aos critérios previstos nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena da paciente, mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.932 - DF (2014/0010250-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE PEDRO DE CASTRO BARRETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : MARIA JUCINEIDE BARBOSA DE BARROS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARIA JUCINEIDE BARBOSA DE BARROS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação n. 2012.01.1.012119-8).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/2006, incidentes, quanto ao tráfico de drogas, a minorante do § 4º do art. 33 e a majorante constante do art. 40, inciso VI, ambos do mesmo estatuto (e-STJ fls. 25/46).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para absolver a paciente quanto ao crime de associação para o tráfico, além de reduzir a pena-base e a fração da causa de aumento do crime de tráfico de drogas, razão pela qual a pena da paciente foi redimensionada para 4 anos e 18 dias de reclusão e multa, em regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 61/106). Segue a ementa do acórdão:

PENAL. PROCESSO PENAL. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. REUNIÃO OCASIONAL. AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. ABSOLVIÇÃO DA ASSOCIAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS HARMÔNICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ANÁLISES DESFAVORÁVEIS AFASTADAS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/2006 DESPROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEU § 4º DO ART. 33 EM QUANTUM ADEQUADO. PENA PECUNIÁRIA. REDUÇÃO DAS PENAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. VIABILIDADE.

1. Absolvem-se dois agentes do crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, se não restou demonstrada a associação de forma estável e duradoura para a prática do delito.

2. Mantém-se a condenação das apelantes pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes quando comprovadas a materialidade e autoria do delito, associadas às filmagens da venda de drogas a usuários realizadas pelos policiais que conduziram o flagrante, bem como dos depoimentos testemunhais harmônicos colhidos sob o crivo do contraditório, além das demais provas carreadas aos autos, sendo incabível a desclassificação para o crime de usuário.

3. Afasta-se a análise desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, personalidade e consequências do crime, quando a fundamentação é inidônea para justificar a majoração da pena-base.

4. Reconhece-se a atenuante da confissão espontânea de uma das apelantes quando esta foi utilizada como elemento de prova para formar a convicção do julgador.

5. Mantém-se a fração redutora de 1/2 em face da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da LAD, por se mostrar adequada e proporcional ao presente caso, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida.

6. Desproporcional a majoração da pena no máximo permitido em razão da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, dessa lei, diminui-se esse acréscimo para a metade.

7. Reduz-se a pena pecuniária em face da situação econômica das apelantes, da natureza dos delitos e para guardar proporcionalidade com as penas privativas de liberdade aplicadas.

8. Fixa-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de uma das réis e o regime inicial aberto para as demais, em face de sua primariedade e da pena definitiva aplicada, a teor das alíneas "b" e "c" do § 2º do art. 33 do Código Penal.

9. Apelação conhecida e parcialmente provida para absolver duas das apelantes do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, bem como para reduzir as penas aplicadas de todas pelo seu art. 33, caput, e fixar regime mais brando para seu cumprimento.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/18), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve fração de aumento superior à mínima legal, na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza da droga, circunstância também foi sopesada no estabelecimento da pena-base, incorrendo em indevido *bis in idem*. No ponto, também aduz que o aumento da pena em metade é excessivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e fere o princípio da proporcionalidade. Em consequência do pretendido redimensionamento da pena, defende ser cabível o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que a paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a fração da causa de aumento seja reduzida para 1/6, redimensionando-se a pena da paciente, além da alteração do regime prisional para aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fl. 113).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 119/139 e 141/144.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 150/159, opinou pela denegação da ordem, cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). PEDIDO DE APLICAÇÃO, NO MENOR PATAMAR LEGAL, DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/2006. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA, NO ESTATUTO REPRESSIVO, DE PERCENTUAIS MÍNIMO E MÁXIMO A SEREM UTILIZADOS COMO REDUTORES DA REPRIMENDA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR LIMITADA PELOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. O ALTO POTENCIAL NOCIVO À SAÚDE HUMANA E A QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA TÓXICA APREENDIDA NÃO PERMITEM O ABRANDAMENTO DA PENA, QUE DEVE SER MANTIDA NO PATAMAR ARBITRADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER COARCTADO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PREJUDICADO. PARECER PELO CONHECIMENTO DO MANDAMUS E PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM POSTULADA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.932 - DF (2014/0010250-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na aplicação de fração superior à mínima legal para a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006 e, em consequência da redução da pena, o estabelecimento do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para, por maioria, manter parte da exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, aplicar fração de redução inferior à máxima legal na incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e aumento superior ao mínimo legal na aplicação da majorante prevista no art. 40, inciso VI, do mesmo estatuto (e-STJ fl. 102 - grifei):

Na primeira fase, o juiz sentenciante fixou a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, 1 (um) ano acima do mínimo legal, tendo em vista a análise negativa da culpabilidade, da conduta social, da personalidade, das consequências e da natureza e quantidade da droga (art. 42 da Lei de Drogas).

[...]

Da culpabilidade.

[...]

No caso sob exame, o magistrado não fundamentou de maneira concreta os motivos pelos quais a conduta da ré foi marcada por alto índice de reprovabilidade, o que impõe o afastamento da análise negativa da culpabilidade.

[...]

Da conduta social.

[...]

O magistrado a quo fundamentou a análise negativa da conduta social[27] “na medida em que ficou demonstrado nos autos que sua residência era utilizada anteriormente pelo marido para tráfico, seu filho é usuário de drogas e mantinha sua filha de 9 anos envolvida nesses crimes.”

Apesar de inexistir a comprovação de que o marido da ré Maria Jucineide traficasse[28], o fato de ela praticar o crime de tráfico envolvendo sua filha M.B.L, demonstra o desvirtuamento de seu papel social, principalmente em relação à família, tendo em vista que lhe cabia educar, respeitar e amar a filha e não introduzi-la no mundo do crime, retirando a opção desta de alcançar um futuro digno.

Vale asseverar que análise negativa da conduta social não decorreu do fato de ter sido o crime cometido com o envolvimento de menor de idade, o que será analisado na terceira fase de aplicação da pena, mas sim em razão de a apelante ter envolvido sua filha na prática de crime de tamanha repercussão social.

Dessa forma, mantém-se a análise desfavorável da conduta social.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da personalidade

[...]

No caso em apreço, o juiz sentenciante valorou negativamente a personalidade tendo em vista o fato de a ré ter envolvido sua filha na prática do crime. Entretanto, essa circunstância já foi considerada para agravar a pena-base quando da análise da conduta social, motivo pelo qual não poderá justificar novo aumento sob pena de bis in idem.

[...]

Das consequências do crime

A análise negativa das consequências do crime também deve ser extirpada a fim de se observar o princípio do ne bis in idem, pois o envolvimento de menor configura a causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 e fato de a menor ser filha a ré já foi considerado quando do apreço da conduta social.

Do critério autônomo do art. 42 da Lei de Drogas

[...]

No caso em apreço, deve ser mantido o aumento da pena-base em razão da quantidade e da natureza da droga traficada pela ré, qual seja, 67,83g (sessenta e sete gramas e oitenta e três miligramas) de crack[30], substância entorpecente que traz consequências graves para a sociedade.

As demais circunstâncias judiciais foram corretamente analisadas de modo favorável à ré Maria Jucineide.

Portanto, mantida a análise desfavorável da conduta social e do critério autônomo do art. 42 da Lei de Drogas, deve a pena-base ser conservada em 6 (seis) anos de reclusão, mesmo que extirpadas as análises negativas da culpabilidade, personalidade e consequências do crime, tendo em vista que o aumento de 1 (um) ano mostra-se razoável e proporcional, atendendo aos critérios de prevenção e repressão do crime.

[...]

Na terceira fase, o juiz de primeiro grau reduziu a pena em ½ (metade) diante da presença da causa de diminuição referente ao § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, e posteriormente majorou a reprimenda em 2/3 (dois terços), em decorrência da causa de aumento descrita no inc. VI do art. 40 da Lei de Drogas, observando a natureza, a quantidade de entorpecente apreendida e a maioria das circunstâncias judiciais não favorecem a ré.

Da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impende registrar que, para se eleger a fração de redução da referida causa de diminuição, que varia de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), doutrina e jurisprudência pontificam que deve ser observado tanto o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, quanto às circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal, sobretudo a quantidade e a natureza da droga.

[...]

Assinale-se que, diversamente do alegado pela Defesa, não haverá bis in idem na consideração das circunstâncias judiciais e do disposto no artigo 42 da Lei Antitóxicos, para agravar a pena-base e também para negar a maior redução da reprimenda na terceira etapa da dosimetria, pois se trata de utilizar um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades diversas, buscando-se a aplicação da pena de forma a se cumprir o escopo de prevenção e de reprovação do delito, no contexto em que cometido.

No caso em análise, a quantidade de drogas apreendida, qual seja, 67,83g[31] (sessenta e sete gramas e oitenta e três centigramas) de crack deve ser considerada de grande monta, denotativa da maior reprovação social da conduta das rés, ressaltando-se a nocividade do crack, o que inviabiliza a redução máxima.

[...]

Assim, atendido o critério de proporcionalidade para fins de prevenção e repressão do crime, a fração decorrente da presença da causa de diminuição descrita no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi adequadamente fixada em 1/2 (metade).

Da causa de aumento do art. 40 inc. VI da Lei de Drogas

[...]

Em relação ao quantum de aumento a ser aplicado, verifica-se que a menor fração abstratamente cominada é de 1/6 (um sexto) e a maior é de 2/3 (dois terços), sendo que a jurisprudência deste Tribunal entende que para eleger a fração mais justa deve o Magistrado analisar as circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas juntamente com as descritas no art. 59 do Código Penal.

[...]

No caso, o Juiz aumentou a pena em 2/3 (dois terços), o máximo legal, diante da natureza e da quantidade da droga, bem como das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

De fato, nem todas as circunstâncias judiciais são benéficas à ré Maria Jucineide e a quantidade e a natureza da droga, qual seja, 67,83g (sessenta e sete gramas e oitenta e três centigramas) de crack lhe são desfavoráveis, o que justifica a fixação de fração acima da mínima.

Entretanto, por considerar mais adequada e proporcional, minoro a fração de aumento para 1/2 (metade), restando a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivamente fixada em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

(Voto Vencido, que é a base de parte da fundamentação do Voto Vencedor)

Na primeira fase, o douto Juízo a quo fixou a pena base em 72 meses de reclusão, 12 meses acima do mínimo legal, em face da análise desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social, da personalidade, das consequências do crime e da circunstância especial referente à quantidade e a natureza da droga, do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

Inicialmente, adoto como razões de decidir a motivação lançada no voto proferido pela eminente Relatora para afastar a análise desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade, da personalidade e das consequências do crime, bem como para manter a da conduta social e da circunstância especial do art. 42 da Lei de drogas.

Assim, por serem desfavoráveis à apelante Maria Jucineide apenas as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à quantidade e natureza da droga e, observado o critério utilizado pelo Juiz sentenciante, aumento a pena-base, em 2 meses e 12 dias para cada circunstância desfavorável, e fixo em 64 meses e 24 dias de reclusão.

[...]

Na terceira fase, acompanho o voto proferido pela i. Relatora em seus fundamentos para manter a redução de 1/2 (32 meses e 12 dias) em face da causa de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como para reduzir a fração referente à causa de aumento de pena do inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas, para 1/2 (16 meses e 6 dias), por considerar mais adequada e proporcional, tornando-a definitiva em 48 meses e 18 dias, ou seja, 4 anos e 18 dias de reclusão.

(Voto Vencedor)

Assim, extrai-se das transcrições supra que a Corte local manteve a majoração da pena em fração intermediária, na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza da droga apreendida – 67,83g de crack –, além da existência de circunstâncias judiciais negativas. Entretanto, tais elementos já haviam sido utilizados para fixar a pena-base, razão pela qual o Tribunal a quo incorreu em indevido *bis in idem*.

Outrossim, embora não tenha sido objeto da impetração, também constato que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além de embasar a fixação da pena-base,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também foi utilizada para fundamentar a aplicação de fração intermediária na incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, incorrendo, também nesse ponto, em indevido *bis in idem*.

Sobre o tema, esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA CONSIDERADAS EM DOIS MOMENTOS DISTINTOS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. MENSURAÇÃO DO MAIOR OU MENOR ENVOLVIMENTO DO ACUSADO COM O TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática em que se concede ordem de habeas corpus de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, quando evidenciado que a quantidade e diversidade da droga apreendida foi considerada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a posição adotada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade de consideração da natureza e quantidade de droga apreendida em dois momentos distintos do critério trifásico, engloba a consideração do maior ou menor envolvimento do réu com o tráfico de drogas, não servindo referido posicionamento apenas para evitar a consideração da circunstância no percentual de aumento da pena-base e diminuição, em razão da minorante.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 308.020/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

IV - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. STF sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena da paciente.

(HC 312.659/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 19/6/2015)

Em conclusão, a dupla valoração da natureza da droga e conduta social em fases distintas da dosimetria, efetivamente, configura constrangimento ilegal passível de correção pela presente via constitucional.

Dessa forma, sendo inidôneos os fundamentos utilizados para aplicar frações intermediárias na incidência das causas de diminuição e aumento, na terceira fase da dosimetria, passo ao redimensionamento da pena da paciente.

Mantida a pena-base estabelecida na origem em 5 anos, 4 meses e 24 e dias de reclusão e 533 dias-multa e ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, reduz a pena na fração máxima prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (2/3), razão pela qual a pena da paciente fica provisoriamente estabelecida em 1 ano, 9 meses e 18 dias de reclusão e 355 dias-multa. Incidente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, cuja fração fica reduzida para o patamar mínimo legal (1/6), torno a pena da paciente definitiva em 2 anos, 1 mês e 6 dias de reclusão e 414 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não obstante a pena da paciente tenha sido reduzida para patamar inferior a 4 anos de reclusão, mantenho o regime inicial semiaberto, bem como deixo de substituí-la por restritivas de direitos.

Com efeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

(HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015)

E, na espécie, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da droga apreendida – 67,83g de crack –, circunstâncias que foram sopesadas na primeira fase da dosimetria, impedem o estabelecimento de regime prisional mais brando e a substituição da pena, mantendo-se o regime inicial semiaberto, em observância aos critérios previstos nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para redimensionar a pena da paciente para 2 anos, 1 mês e 6 dias de reclusão e 414 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0010250-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.932 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00356521320138070015 20120110121198 356521320138070015 836201

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOSE PEDRO DE CASTRO BARRETO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: MARIA JUCINEIDE BARBOSA DE BARROS (PRESO)
CORRÉU	: MARIA DO SOCORRO DA CONCEIÇÃO
CORRÉU	: ADRIANA DABADIA FERREIRA DIAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.