



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.859 - MS (2016/0323604-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : SALOMAO ABE
ADVOGADO : SALOMÃO ABE - MS018930
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : FERNANDO FERNANDES DUTRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME E RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA. REDUTORA MANTIDA NO PATAMAR DE 1/6. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
2. Os temas referentes à hediondez no tráfico privilegiado para fins de progressão de regime e o reconhecimento da atenuante da confissão não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, de forma que sua análise por este Tribunal significaria supressão de instância.
3. 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*.
4. Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram a quantidade da droga apreendida tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Evidenciada a ofensa ao primado do *ne bis in idem*, tal qual definido pelo STF por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, a pena deve ser redimensionada, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal e mantendo-se, na terceira etapa da dosimetria, a fração redutora de 1/6, pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a quantidade de entorpecente apreendido.

6. Em relação ao regime, a elevada quantidade de droga apreendida (6,13 kg de maconha) foi sopesada para arbitrar a causa especial de diminuição da pena em patamar diverso do máximo, justificando, assim, a manutenção do regime inicial fechado.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, e 486 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

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), 25 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.859 - MS (2016/0323604-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : SALOMAO ABE
ADVOGADO : SALOMÃO ABE - MS018930
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : FERNANDO FERNANDES DUTRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO FERNANDES DUTRA contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da Apelação n. 0003012-44.2011.4.03.6005.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 anos e 11 meses de meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 290 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fl. 23).

Irresignado, o representante do *Parquet* interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido pelo Tribunal *a quo* para exasperar as penas aplicadas ao paciente para 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, em regime inicial fechado, e 566 dias-multa (fls. 20/46).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: o delito de tráfico privilegiado não pode ser considerado hediondo, nos termos do novel entendimento esposado pelo STF, de forma que o paciente faz *jus* à progressão de regime após cumprida a fração de 1/6 da pena, e 1/3 para a concessão de liberdade condicional; deve ser reconhecida a incidência da atenuante de confissão qualificada, uma vez que a manifestação do paciente na fase extrajudicial foi considerada para formar o convencimento do magistrado pela condenação, aplicando-se ao caso o disposto no enunciado n. 545 da jurisprudência desta Corte; o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve incidir na fração máxima de 2/3, pois a quantidade da droga apreendida não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode ser considerada elevada, porquanto se trata de região de fronteira e o paciente apenas serviu de *mula*; deve ser fixado regime mais brando, nos termos dos parâmetros previstos no art. 33 do CP.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena aplicada ao paciente, fixado regime inicial mais brando e afastadas as consequências legais referentes à consideração do delito de tráfico privilegiado como hediondo.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 60/62.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 277/286, pela concessão parcial da ordem para:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO INTERNACIONAL. PROGRESSÃO DE REGIME, LIBERDADE CONDICIONAL E APLICAÇÃO DA ATENUANTE QUALIFICADA. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RESTITUIÇÃO DA REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 1 1.343/06 NO PATAMAR DE 2/3. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA APREENDIDA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus. Pela parcial concessão da ordem, de ofício, a fim de que seja aplicada a redutora do §4º do art. 33 da Lei nº 1 1.343/06 em seu patamar máximo (2/3).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.859 - MS (2016/0323604-4)

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal, por entender que o tráfico privilegiado não está no rol dos crimes hediondos e, conseqüentemente, a fração para fins de progressão de regime dever ser de 1/6 e 1/3 para fins de concessão de liberdade condicional; pelo não reconhecimento da atenuante da confissão; pela aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em patamar diverso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximo e pela fixação do regime fechado.

Em primeiro lugar, verifico que o Tribunal *a quo* não se manifestou acerca das questões referentes ao afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico privilegiado e da apontada confissão qualificada do paciente. A análise de tais temas por esta Corte representaria a vedada supressão de instância, de forma que o conhecimento do objeto deste *writ* se restringirá ao alegado constrangimento ilegal pela fração aplicada ao redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e pelo regime inicial fixado.

Dito isso, analiso as demais questões que já foram matérias de debate nas instâncias ordinárias.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3 e a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena.

Sabe-se que 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.

No caso, constata-se que a quantidade e a natureza da droga foram utilizadas para exasperar a pena-base e, também, como parâmetro para fixar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 1/6, conforme segue (e-STJ fls. 38/39 e fls. 40/41):

Fernando Fernandes Dutra. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, a natureza (maconha) e a quantidade da droga apreendida na posse da acusada (61.300g), são circunstâncias preponderantes na graduação da pena-base, sendo preciso aquilatar o maior desvalor da conduta em função da quantidade e qualidade do entorpecente, nesta fase, pois diz com as consequências potenciais do crime, com os motivos, pois demonstra maior ganância do agente que visou o lucro com sua conduta, circunstâncias essas próprias da graduação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do citado art. 42 da Lei n. 11.343/06.

À míngua de recurso quanto à fixação da pena-base, mantenho-a em 1/6 (um sexto) acima do mínimo, em 5 (cinco) anos e 10 (dez)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

[...]

Segundo consta das provas dos autos, Fábio Henrique Vicente Firmino, Rafael Medina Ojeda e Fernando Fernandes Dutra, de nacionalidade brasileira, foram denunciados e condenados pela prática do crime do art. 33, caput, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06, porque, em 18.10.11, foram surpreendidos em flagrante delito, na Rodovia BR 463, quando conduziam os veículos GM Ômega, placas BQE - 5511 e Fiat/Uno Mille Way Econ, placas ARW - 0991, transportando, dentro de dois sacos acomodados no assoalho do primeiro carro, escoltado pelo segundo, 78 (setenta e oito) tabletes de maconha, com peso aproximado de 61.300g (sessenta e um mil e trezentos gramas), adquiridos e importados da cidade de Pedro Juan Caballero, com destino a Nova América (MS).

Trata-se, pois, de grande quantidade de substância entorpecente, com potencial de causar danos à saúde e à vida de relevante número de pessoas e famílias, razão por que entendo justificada a redução da pena imposta no patamar mínimo legal de 1/6 (um sexto).

Esclareço não haver falar-se em bis in idem com a redução das penas no patamar mínimo do art. 33, § 4º, com fundamento na natureza e na quantidade da droga, também utilizados na fixação da pena-base, porquanto tais circunstâncias foram sopesadas na última fase com a finalidade de redução da pena e não de aumento, bem como para adequar a reprimenda final proporcionalmente à conduta praticada pelos réus.

Assim, não obstante seja idônea a consideração da quantidade e a natureza de droga como circunstância apta a exasperar a pena-base ou para servir de parâmetro para a redução da pena na terceira fase da dosimetria, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que o acórdão recorrido, no âmbito do efeito devolutivo da apelação, ao apreciar a dosimetria, manteve a pena-base acima do mínimo legal, considerando, para tanto, a quantidade elevada da droga apreendida, conforme dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Contudo, do mesmo modo, na terceira etapa da dosimetria, em virtude do reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, foi fixada a fração de 1/6, com lastro na mesma circunstância: quantidade do entorpecente apreendido.

Assim, evidenciada a ofensa ao primado do *ne bis in idem*, tal qual definido pelo STF por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, de modo que deve a reprimenda ser redimensionada.

Nesse sentido:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. ESCOLHA DA FRAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTA STJ.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade e variedade da droga foram consideradas tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual, ausentes outras circunstâncias judiciais negativas, reduz-se a pena-base ao mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e multa.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a reprimenda para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão impugnado (HC 369.325/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

Dessa forma, necessário refazer a dosimetria da pena, para utilizar a quantidade da droga apenas em uma das etapas do cálculo da pena.

Afastado o fundamento referente à quantidade da droga apreendida na primeira etapa da dosimetria, fixo a pena-base no mínimo legal, a qual se mantém no mesmo patamar na segunda fase, ante a ausência de agravantes e de atenuantes. Na terceira etapa, é de ser mantida a redução no patamar aplicado pelo Tribunal *a quo*, qual seja, em 1/6, uma vez que a elevada quantidade de droga apreendida (6,13 kg de maconha) requer uma resposta estatal mais efetiva, diante da gravidade concreta do delito. Por fim, mantenho o aumento da pena em 1/6, pela incidência da majorante do art. 40, inciso I, da Lei de Drogas, resultando em uma pena final de **4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, e 486 dias-multa**.

Acerca da manutenção da fração do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida, confira-se o seguinte precedente, perfeitamente aplicável ao caso dos autos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. NOCIVIDADE, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- No caso, reconhecido o tráfico privilegiado, tendo em vista o paciente preencher os requisitos para a aplicação da benesse, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/6, diante da nocividade, variedade e quantidade das drogas apreendidas, a demonstra a gravidade concreta do delito. Precedentes.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena indica é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime fechado é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a nocividade, variedade e quantidade das drogas apreendidas, circunstância desfavorável que, inclusive, justificou a escolha da fração redutora mínima, de 1/6, pelo tráfico privilegiado. Precedentes.

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime, não obstante o redimensionamento da pena, deve ser mantido o inicial fechado. Isso porque a elevada quantidade de droga apreendida (6,13 kg de maconha) foi sopesada para arbitrar a causa especial de diminuição da pena em patamar diverso do máximo, justificando, assim, a fixação do regime inicial mais gravoso.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com base na expressiva quantidade e na natureza de droga apreendida (171 porções de crack) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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 em sede de habeas corpus. (Precedentes).

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida. (Precedente).

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *Habeas corpus não conhecido* (HC 382.243/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017).

Ante o exposto, não conheço o *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena do paciente para **4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão**, e 486 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0323604-4

HC 381.859 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030124420114036005 00053409620168120019 201160050030124 30124420114036005
53409620168120019

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: SALOMAO ABE
ADVOGADO	: SALOMÃO ABE - MS018930
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: FERNANDO FERNANDES DUTRA (PRESO)
CORRÉU	: FABIO HENRIQUE VICENTE FIRMINO
CORRÉU	: RAFAEL MEDINA OJEDA

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.