



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.298 - RJ (2017/0196106-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ARIANE LEONEL DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CONDUTA SOCIAL. FEITOS CRIMINAIS EM MARCHA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. As instâncias origem adotaram fundamentos concretos para justificar a fixação da pena-base do delito de tráfico acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade das drogas envolvida na empreitada criminosa – 500 g de maconha e 23,4 g de cocaína – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante ao incremento das penas-base em razão da valoração negativa da conduta social, porquanto a pendência de procedimentos criminais em marcha não pode ser substrato para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de reduzir as penas do paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa e 1 ano de detenção e 10 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de setembro de 2017(Data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.298 - RJ (2017/0196106-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ARIANE LEONEL DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ARIANE LEONEL DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal nº 0003681-30.2016.8.19.0028).

Segundo os autos, a paciente foi condenada pela prática dos crimes tipificados nos arts. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 12 da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de 7 anos de reclusão e 1 ano e três meses de detenção, respectivamente, em regime fechado, mais o pagamento de 60 dias-multa. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente (fls. 70/77):

Pelo crime de tráfico de drogas:

Na primeira fase, considerando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade da ré é a normal para o injusto praticado. **A acusada não ostenta tecnicamente maus antecedentes. Quanto à conduta social, no entanto, observa-se que a acusada, após ser presa nos autos do processo nº 0006071-75.2013.8.19.0028 (anotação 01- fls. 44) em que se apura crime de homicídio tentado, foi novamente detida por possuir drogas dentro do estabelecimento penitenciário (anotação 02 - fls. 45). Após ser colocada em liberdade, foi outra vez presa em flagrante delito nestes autos, desta feita por crime de tráfico de drogas. Outrossim, a acusada não comprova o exercício de qualquer atividade lícita, laborativa ou estudantil.**

(...)

Tais circunstâncias demonstram que a acusada ostenta conduta social absolutamente inadequada.

Não disponho de elementos seguros que me permitam afirmar negativamente sua personalidade. Os motivos do crime em exame, assim como as circunstâncias e suas conseqüências não concorrem para o recrudesimento da sanção. Não há que se falar em comportamento da vítima, já que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública.

No entanto, na forma do artigo 42 da Lei 11.313/06, deve ser observado com preponderância sobre as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga. Sendo assim, considerando que a ré foi presa em flagrante na posse de 23,4g de cocaína, acondicionada em 10 pinos de plástico verde, 500g maconha, acondicionada em 212 pequenos sacos plásticos transparentes, percebe-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a maior reprovabilidade de sua conduta, já que atingiu de forma mais percuciente o bem jurídico tutelado.

Por tais fundamentos, aumenta-se a pena-base em 01 (um) anos e 100 (cem) dias multa para cada circunstância desfavorável, fixando-a em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, não se vislumbra a presença de circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas, razão pela qual acomodo a pena intermediária em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na terceira fase, é preciso analisar se a acusada faz jus à incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, definir qual o percentual de redução a ser aplicado.

Como é cediço, o referido dispositivo legal criou a causa de diminuição de pena, de 1/6 a 2/3, relativa ao crime de tráfico, estabelecendo alguns requisitos de natureza subjetiva. Apenas o réu primário, com bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização voltada à prática de delitos pode se beneficiar da redução.

O caráter teleológico da norma em tela revela a intenção do legislador em distinguir o traficante profissional do traficante pontual ou eventual, atenuando a pena deste último.

No caso em exame, a denunciada deve ser considerada primária e de bons antecedentes.

No entanto, há provas suficientes de que a acusada se dedicava à atividade criminosa, esta considerada como um modo de vida, como ocupação habitual e vinculada à organização criminosa.

Registre-se que a acusada foi detida em flagrante na posse de grande quantidade de drogas, em local conhecido como ponto de venda de drogas e dominado por perigosa facção criminosa.

Note-se que o mesmo entendimento foi adotado pelo E. TJRJ em hipótese absolutamente semelhante à presente. Confira-se a ementa do julgado:

(...)

Destarte, há evidências conclusivas que apontam a ré como integrante de organização criminosa, pois o crime foi praticado em local dominado por violenta facção criminosa, o que torna impossível a existência de vendedores autônomos no local.

Ademais, não se pode esquecer a quantidade e variedade de drogas arrecadadas na posse da ré, da quantia em dinheiro e da munição.

Portanto, não restou preenchido o requisito subjetivo para a incidência da causa de diminuição do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Assim, estabeleço a pena final e definitiva em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Pelo crime de posse irregular de arma de fogo.

Na primeira fase, considerando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade da ré é a normal para o injusto praticado. A acusada não ostenta tecnicamente maus antecedentes.

Quanto à conduta social, no entanto, observa-se que a acusada, após ser presa nos autos do processo nº 0006071-75.2013.8.19.0028 (anotação 01 - fls. 44) em que se apura crime de homicídio tentado, foi novamente detida por possuir drogas dentro do estabelecimento penitenciário (anotação 02 - fls. 45). Após ser colocada em liberdade, foi outra vez presa em flagrante delito nestes autos, desta feita por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de tráfico de drogas. Outrossim, a acusada não comprova o exercício de qualquer atividade lícita, laborativa ou estudantil.

(...)

Tais circunstâncias demonstram que a acusada ostenta conduta social absolutamente inadequada.

Não disponho de elementos seguros que me permitam afirmar negativamente sua personalidade. Os motivos do crime em exame, assim como as circunstâncias e suas conseqüências não concorrem para o recrudesimento da sanção. Não há que se falar em comportamento da vítima, já que o bem jurídico tutelado é a segurança pública.

Por tais fundamentos, aumento a pena-base em três meses de detenção e um dia-multa, fixando-a em 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção e 11 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não se vislumbra a presença de circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas, razão pela qual acomodo a pena intermediária em 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção e 11 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, motivo pelo qual estabeleço a definitiva em 01 (UM) ANO E 03 (TRÊS) MESES DE DETENÇÃO E 11 (DEZ) DIAS-MULTA.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, em aresto assim fundamentado, no que pertinente ao objeto do presente *writ*:

Nenhum reparo é de ser feito nas penas-base, estabelecidas acima dos mínimos legais, porém de forma justificada, notadamente nas anotações criminais ostentadas pela recorrente em sua FAC (fls. 42/48), sendo destacado pelo magistrado *a quo* que a mesma "(...) após ser presa nos autos do processo nº 0006071 -75.2013.8.19.0028 (anotação 01 - f/s. 44) em que se apura crime de homicídio tentado, foi novamente detida por possuir drogas dentro do estabelecimento penitenciário (anotação 02/fls. 45). Após ser colocada em liberdade, foi outra vez presa em flagrante delito nestes autos, desta feita por crime de tráfico de drogas. (...)", o que denota a sua inadequada conduta social.

Outrossim, em relação ao crime de tráfico de drogas, cabe ressaltar que a recorrente Ariane trazia consigo, guardava e tinha em depósito grande quantidade e variedade de substância entorpecente (500 g de maconha e 23,4g de cocaína) que agrava o risco à saúde pública, o que, de acordo com os critérios indicados no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, obrigatoriamente, deve ser levado em conta no estabelecimento das referidas reprimendas.

Do mesmo modo, o pedido da apelante Ariane de aplicação da causa especial de diminuição de penas, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, não merece acolhimento. Ora, o legislador criou a aludida causa especial de diminuição de penas com o objetivo de abrandar a situação do agente que, sendo primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Não é o caso dos autos, uma vez que está patente, tanto pela grande quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, como pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos de prova colhidos, que a apelante se dedicava, com habitualidade, ao tráfico, fazendo deste o seu meio de vida, tanto que não se comprovou que possuísse qualquer atividade lícita, capaz de propiciar a sua manutenção (fls. 112/113).

No presente *mandamus*, a impetrante contesta, em suma, os parâmetros utilizados pelas instâncias de origem para fixar a pena-base da ré.

Alega violação ao teor da súmula 444 desta Corte, uma vez que o magistrado *a quo* teria valorado negativamente a conduta social da ré com fundamento em processo criminal ainda em curso.

Aduz que o acréscimo operado na primeira fase do exame dosimétrico em 2/5 com base na conduta social e na quantidade da substância entorpecente apreendida viola o princípio da proporcionalidade e não guarda concreta fundamentação.

Ao final, pede seja decotado o aumento da pena-base em razão da valoração negativa da conduta social da ré, bem como seja reduzido o *quantum* de acréscimo para 1/6.

Estes autos foram distribuídos por prevenção do HC n.º 375.487/RJ, impetrado em favor do ora paciente, o qual se encontra em processamento.

A liminar foi indeferida às fls. 121/125.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Durval Tadeu Guimarães, "pela parcial concessão da ordem tão somente para que seja decotado das penas-bases de ambos os crimes o aumento relativo à conduta social" (fl. 128).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.298 - RJ (2017/0196106-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CONDUTA SOCIAL. FEITOS CRIMINAIS EM MARCHA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. As instâncias origem adotaram fundamentos concretos para justificar a fixação da pena-base do delito de tráfico acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade das drogas envolvida na empreitada criminosa – 500 g de maconha e 23,4 g de cocaína – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante ao incremento das penas-base em razão da valoração negativa da conduta social, porquanto a pendência de procedimentos criminais em marcha não pode ser substrato para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de reduzir as penas do paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa e 1 ano de detenção e 10 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a redução da pena-base.

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que idelologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

A título ilustrativo, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Juízo de primeira instância acerca da dosimetria da pena do paciente:

Pelo crime de tráfico de drogas:

Na primeira fase, considerando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade da ré é a normal para o injusto praticado. **A acusada não ostenta tecnicamente maus antecedentes. Quanto à conduta social, no entanto, observa-se que a acusada, após ser presa nos autos do processo nº 0006071-75.2013.8.19.0028 (anotação 01- fls. 44) em que se apura crime de homicídio tentado, foi novamente detida por possuir drogas dentro do estabelecimento penitenciário (anotação 02 - fls. 45). Após ser colocada em liberdade, foi outra vez presa em flagrante delito nestes autos, desta feita por crime de tráfico de drogas. Outrossim, a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusada não comprova o exercício de qualquer atividade lícita, laborativa ou estudantil.

(...)

Tais circunstâncias demonstram que a acusada ostenta conduta social absolutamente inadequada.

Não disponho de elementos seguros que me permitam afirmar negativamente sua personalidade. Os motivos do crime em exame, assim como as circunstâncias e suas conseqüências não concorrem para o recrudesimento da sanção. Não há que se falar em comportamento da vítima, já que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública.

No entanto, na forma do artigo 42 da Lei 11.313/06, deve ser observado com preponderância sobre as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga. Sendo assim, considerando que a ré foi presa em flagrante na posse de 23,4g de cocaína, acondicionada em 10 pinos de plástico verde, 500g maconha, acondicionada em 212 pequenos sacos plásticos transparentes, percebe-se a maior reprovabilidade de sua conduta, já que atingiu de forma mais percuente o bem jurídico tutelado.

Por tais fundamentos, aumenta-se a pena-base em 01 (um) anos e 100 (cem) dias multa para cada circunstância desfavorável, fixando-a em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, não se vislumbra a presença de circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas, razão pela qual acomodo a pena intermediária em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na terceira fase, é preciso analisar se a acusada faz jus à incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, definir qual o percentual de redução a ser aplicado.

Como é cediço, o referido dispositivo legal criou a causa de diminuição de pena, de 1/6 a 2/3, relativa ao crime de tráfico, estabelecendo alguns requisitos de natureza subjetiva. Apenas o réu primário, com bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização voltada à prática de delitos pode se beneficiar da redução.

O caráter teleológico da norma em tela revela a intenção do legislador em distinguir o traficante profissional do traficante pontual ou eventual, atenuando a pena deste último.

No caso em exame, a denunciada deve ser considerada primária e de bons antecedentes.

No entanto, há provas suficientes de que a acusada se dedicava à atividade criminosa, esta considerada como um modo de vida, como ocupação habitual e vinculada à organização criminosa.

Registre-se que a acusada foi detida em flagrante na posse de grande quantidade de drogas, em local conhecido como ponto de venda de drogas e dominado por perigosa facção criminosa.

Note-se que o mesmo entendimento foi adotado pelo E. TJRJ em hipótese absolutamente semelhante à presente. Confira-se a ementa do julgado:

(...)

Destarte, há evidências conclusivas que apontam a ré como integrante de organização criminosa, pois o crime foi praticado em local dominado por violenta facção criminosa, o que torna impossível a existência de vendedores autônomos no local.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, não se pode esquecer a quantidade e variedade de drogas arrecadadas na posse da ré, da quantia em dinheiro e da munição.

Portanto, não restou preenchido o requisito subjetivo para a incidência da causa de diminuição do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Assim, estabeleço a pena final e definitiva em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Pelo crime de posse irregular de arma de fogo.

Na primeira fase, considerando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade da ré é a normal para o injusto praticado. A acusada não ostenta tecnicamente maus antecedentes.

Quanto à conduta social, no entanto, observa-se que a acusada, após ser presa nos autos do processo nº 0006071-75.2013.8.19.0028 (anotação 01 - fls. 44) em que se apura crime de homicídio tentado, foi novamente detida por possuir drogas dentro do estabelecimento penitenciário (anotação 02 - fls. 45). Após ser colocada em liberdade, foi outra vez presa em flagrante delito nestes autos, desta feita por crime de tráfico de drogas. Outrossim, a acusada não comprova o exercício de qualquer atividade lícita, laborativa ou estudantil.

(...)

Tais circunstâncias demonstram que a acusada ostenta conduta social absolutamente inadequada.

Não disponho de elementos seguros que me permitam afirmar negativamente sua personalidade. Os motivos do crime em exame, assim como as circunstâncias e suas conseqüências não concorrem para o recrudesimento da sanção. Não há que se falar em comportamento da vítima, já que o bem jurídico tutelado é a segurança pública.

Por tais fundamentos, aumento a pena-base em três meses de detenção e um dia-multa, fixando-a em 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção e 11 (dez) dias-multa (fls. 70/72).

O Colegiado estadual, por sua vez, manteve o entendimento perfilhado em primeiro grau de jurisdição.

Da leitura dos autos, verifica-se que a pena-base do paciente, no tocante ao delito de tráfico de drogas, foi majorada em razão da quantidade das drogas apreendidas, e por ter sido considerada desfavorável a circunstância judicial relativa à conduta social, relativamente a ambos os delitos, tendo em vista que o paciente, à época, respondia a outros feitos criminais.

No tocante ao fundamento relativo à quantidade de drogas, foram adotados elementos concretos para justificar a primeira fase da dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a empreitada criminosa envolveu 500 g de maconha e 23,4 g de cocaína, a atrair a incidência do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "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".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, não se vislumbra manifesta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal a ensejar a concessão da ordem, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.]

- 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.

- A quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.447/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, atenta a legislação de regência, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis a diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e crack), o que não se mostra desproporcional.

4. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.489/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a invocação da quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.967/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

Ocorre, entretanto, que foi indevida a valoração negativa da conduta social do paciente.

Consoante o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, a pendência de procedimentos criminais em marcha não pode ser substrato para a exasperação da pena-base, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Nesse diapasão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PENA-BASE. AUMENTO DEMASIADO. SÚMULA 444/STJ. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

II - O MM. Juiz singular e a eg. Corte de Justiça de origem utilizaram processos em curso para desfavorecer as circunstâncias judiciais da conduta social do paciente, em flagrante violação ao enunciado n. 444 das Súmulas do STJ, que reza, in verbis: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Assim, impõe-se a concessão da ordem, de ofício, para reduzir as penas-bases do paciente ao mínimo legal.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar a pena imposta ao paciente.

(HC 392.933/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 06/06/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N. 444/STJ. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Inquéritos policiais, ações penais em andamento e até mesmo condenações sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, e servir de supedâneo para justificar o afastamento da reprimenda básica do mínimo legalmente previsto em lei, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Nesse diapasão, a Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

(...)

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao patamar de 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

(HC 388.955/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 12/05/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS CRIMINAIS EM MARCHA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NEGADA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM E CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. 2. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante ao incremento da pena-base em razão dos maus antecedentes, porquanto a pendência de procedimentos criminais em marcha não pode ser substrato para a exasperação da reprimenda, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça. Ademais, embora a empreitada criminosa tenha envolvido substância de alto potencial lesivo - 4,04 g de crack -, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

(...)

4. Habeas corpus concedido a fim de fixar a pena-base do paciente no mínimo legal e, de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em patamar máximo, reduzindo a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto e possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

(HC 384.637/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/05/2017)

Confira-se, inclusive, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

A fundamentação empregada, portanto, deve ser afastada, eis que importa em violação ao princípio constitucional da não culpabilidade.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Tráfico de Drogas:

Fixo a pena-base em **6 anos de reclusão e 600 dias-multa**, a qual torno



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva, ante a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como de causas de diminuição e de aumento de pena.

Posse irregular de arma de fogo:

Fixo a pena-base em **1 ano de detenção e 10 dias-multa**, a qual torno definitiva, ante a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como de causas de diminuição e de aumento de pena.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantenho o regime inicial fechado, tendo em vista a significativa quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente – 500 g de maconha e 23,4 g de cocaína (fl. 9).

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que 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".

Não há falar, pois, em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA SEM JUSTIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da referida minorante ao paciente, réu primário, sem apresentar justificativa alguma, o que caracteriza manifesta ilegalidade, e confere-lhe o direito da redução da pena no grau máximo, sobretudo porque ausentes outros elementos que indique sua habitualidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitiva.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja inferior a oito anos (4 anos e 8 meses de reclusão pela aplicação da regra do concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo), revela-se correta a imposição do regime inicial fechado com fundamento na expressiva e na diversidade de entorpecentes apreendidos (6 tijolos e 3 porções de maconha e 6 papелotes de cocaína), conforme assentado pelo Tribunal de origem, nos termos do art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena pelo crime de tráfico de drogas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

(HC 375.961/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a quantidade, a variedade e a natureza da droga apreendida, pressupõem a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua maior fração.

3. A reforma do entendimento da instância ordinária, quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas, constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 121 pedras de crack, 49 eppendorfs de cocaína, 6 tabletes e 1 filete de maconha - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.156/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades delituosas nem integre organização criminosa.

O fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/06 está em consonância com o entendimento desta Corte, eis que escorado nas circunstâncias do delito e sobretudo na grande quantidade e variedade de drogas apreendidas (5kg de maconha e 8g de crack), que evidencia a dedicação do paciente à atividade criminosa.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do apenado à atividade criminosa constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Não há falar em ilegalidade na fixação do regime prisional fechado, uma vez que a quantidade de droga apreendida - 5kg de maconha e 8g de crack - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade concreta do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a presença de circunstância judicial desfavorável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoriza o regime prisional mais gravoso, em decorrência da disposição contida no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. O entendimento consignado pelo Tribunal de origem quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 373.208/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016)

Assim, embora a reprimenda final seja inferior a 8 anos, penso ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de reduzir as penas do paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa e 1 ano de detenção e 10 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0196106-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 411.298 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00036813020168190014 00036813020168190028 36813020168190014
36813020168190028

EM MESA

JULGADO: 21/09/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ARIANE LEONEL DOS SANTOS (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.