



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.883 - RS (2016/0291740-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CRISTIANO TIER TRINDADE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NO TRÁFICO. ANTECEDENTES CRIMINAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS, CONTUDO, AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO SUPERIOR A 1/6. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO EM PATAMAR SUPERIOR. *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. Em se tratando dos crimes de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

3. No caso, foram valorados negativamente os antecedentes criminais e as circunstâncias do delito, fundamentadas na natureza e diversidade dos entorpecentes. Não obstante esses argumentos se prestem a exasperar a pena-base, o aumento não pode ser desarrazoado, há que se guardar proporcionalidade entre as circunstâncias judiciais e o *quantum* de aumento. No caso, embora haja diversidade e parte da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substância apreendida tenha alto poder nocivo, a quantidade encontrada não foi elevada - 1,3g de *crack* e 3,7g de maconha, revelando-se razoável o incremento da pena-base em apenas 1/6.

4. No tocante à fração de aumento da agravante da reincidência, cumpre ressaltar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento da pena a serem aplicados em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes, cabendo ao magistrado fixar o patamar necessário dentro dos parâmetros razoáveis e proporcionais.

5. Ainda que inexista critérios mínimo e máximo de exasperação, predomina nesta Corte o entendimento de que a majoração da sanção em patamar superior a 1/6, na segunda fase, pela incidência da agravante da reincidência demanda fundamentação concreta. No caso, embora o paciente seja multireincidente, uma das condenações foi utilizada na primeira fase, não podendo ser novamente sopesada na segunda, sob pena de *bis in idem*, sendo imperativa a redução da fração de aumento da pena, pela agravante da reincidência, no que toca a ambos os delitos, para 1/6.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

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), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.883 - RS (2016/0291740-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CRISTIANO TIER TRINDADE

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 CRISTIANO TIER TRINDADE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0522176-52.2013.8.21.7000).

Consta dos autos que a sentença, julgando parcialmente procedente a denúncia, desclassificou o crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 para a figura do art. 28 do mesmo diploma legal, aplicando ao paciente a medida de advertência sobre os efeitos das drogas, bem como para condená-lo pela prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, às penas de 3 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 dias-multa (fls. 223/230).

Irresignadas, ambas as partes apelaram e o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e proveu parcialmente o recurso ministerial para condenar o paciente às penas de 9 anos de reclusão, em 900 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e exasperar para 4 anos e 3 meses de reclusão a pena aplicada em razão da prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, fixado o regime inicial fechado (fls. 288/308).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que a pena-base foi elevada de forma desproporcional, *em razão dos maus antecedentes, da variedade, quantidade e qualidade das drogas apreendidas e em que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pese não haja controvérsia acerca dos antecedentes, é inadmissível a valoração negativa das demais circunstâncias do delito. Isso porque, ainda que o acusado tenha sido abordado em poder de crack - sabidamente de alto potencial lesivo não se pode ignorar que se trata de apreensão de quantidade ínfima de droga, qual seja, 1,3g. De igual forma, se mostra irrazoável o desvalor sobre a variedade, tendo em vista que com o paciente foram encontradas apenas duas espécies de entorpecentes, ambas em pequena quantidade, sendo uma delas a maconha, substância ilícita de baixo potencial ofensivo à saúde (fl. 2).

Insurge-se, ademais, contra a exasperação da pena em 1/3, nos dois delitos, tendo em vista a reincidência do paciente, patamar que entende muito superior à média estabelecida pela jurisprudência dominante.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena aplicada ao paciente, *a patamar próximo ao mínimo legal* (fl. 4).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 319/321.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 329/337, pela denegação da ordem:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM DOIS VETORES NEGATIVOS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM ACIMA DE 1/6. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. "Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento " (HC 343.938/MS, Rei. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016).

2. A presença de maus antecedentes aliada ao fato de ter sido o réu surpreendido na posse de dois tipos de entorpecentes autoriza a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

3. A legislação penal não estabeleceu o quantum de aumento da pena a ser aplicado quando presentes as agravantes do art. 61 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, cabendo ao juiz, no âmbito de sua discricionariedade, escolher a fração de aumento da pena, com base nas circunstâncias particulares de cada caso concreto. Ausência de desproporcionalidade na fração de aumento aplicada no caso em questão.

4. Parecer pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.883 - RS (2016/0291740-3)

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 alinham-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 próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 na fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como no aumento superior a fração de 1/6 na segunda fase da dosimetria da pena, em razão da agravante da reincidência.

Por oportuno, destaque-se que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, desproporcionalidade no *quantum* ou erro na aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em se tratando dos crimes de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Dessa forma, é possível que a pena-base seja exasperada com base na diversidade e natureza das drogas, consoante reiterados julgados desta Corte Superior, que destaco:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME DE SANIDADE MENTAL. REALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

5. O Tribunal de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 330.656/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015) - (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS APREENDIDAS. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ATENUANTE QUE DEVE SER CONSIDERADA, SEM EFEITOS NO MONTANTE DE PENA, JÁ REDUZIDA AO MÍNIMO PELA APLICAÇÃO, NA SEGUNDA FASE, DA ATENUANTE DE MENORIDADE. ENUNCIADO N. 231 DA SÚMULA DESTA CORTE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE APRESENTA MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

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

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a grande quantidade da droga apreendida - 34 porções de maconha pesando 52,3 gramas e 261 invólucros contendo cocaína, com peso de 107,8 gramas.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, sem alteração na pena. (HC 317.780/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015) - (grifei).

No caso, busca a defesa a redução da pena-base no delito de tráfico, sob o argumento de que esta foi exasperada de forma desproporcional, porquanto a quantidade da droga não era expressiva - 1,3g de crack e 3,7g de maconha, a ponto de aumentar em 2 anos a pena-base.

Para melhor análise da questão, veja-se a dosimetria na parte que nos interessa:

Passo a fixar as penas ao delito de tráfico de drogas.

Ostentando o réu condenações transitadas em julgado antes do presente fato por roubo majorado e furto qualificado tentado (fls. 202/204), o roubo será valorado para fins da agravante da reincidência e o furto como maus antecedentes. A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. A personalidade e a conduta social



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não restaram esclarecidas e o motivo é comum ao delito praticado. As circunstâncias de ser crack uma das drogas apreendidas, substância de enorme lesividade ao indivíduo, bem como a variedade de possuir também maconha, aumentam a reprovabilidade da conduta, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06. As conseqüências do crime não apresentam particularidades. Não há, na espécie, influência de comportamento de vítima.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, especialmente, dos maus antecedentes, da variedade, quantidade e qualidade das drogas apreendidas, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão.

Em razão da agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), considerando que o delito perpetrado, roubo majorado, é de notável gravidade, aumento a pena provisória em 02 (dois) anos de reclusão.

Assinalo, nesse aspecto, que, ao contrário do afirmado pelo julgador a quo (fl. 208), das quatro condenações do réu transitadas em julgado, constantes da certidão de antecedentes criminais positiva de fls. 202/204, duas transitaram em julgado antes da prática dos fatos narrados na denúncia, configurando reincidência.

Pela reincidência, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Na ausência de outras causas de modificação da pena, resta a definitiva fixada em 09 (nove) anos de reclusão.

Da leitura dos trechos supracitados, observo que foram valorados negativamente os antecedentes criminais e as circunstâncias do delito, fundamentadas na natureza e diversidade dos entorpecentes. Não obstante esses argumentos se prestem a exasperar a pena-base, o aumento não pode ser desarrazoado, há que se guardar proporcionalidade entre as circunstâncias judiciais e o *quantum* de aumento. No caso, é possível afirmar que a majoração da pena-base em 2 anos no delito de tráfico foi desproporcional. Afinal, embora a substância apreendida tenha alto poder nocivo, a quantidade encontrada não foi elevada - 1,3g de *crack* e 3,7g de maconha.

Dessa forma, com base nos maus antecedentes, na natureza e diversidade da droga e, em contrapartida, sendo inexpressiva a quantidade, entendo proporcional o incremento da pena-base em apenas 1/6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE.

POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, NATUREZA E MAUS ANTECEDENTES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA MERCANCIA NOS REFERIDOS LOCAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. A natureza e a variedade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

4. No caso, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base em aproximadamente 1/5 com fundamento nos maus antecedentes do paciente, na diversidade e natureza das drogas.

5. Em relação à causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, cumpre destacar que a respectiva majorante tem caráter objetivo, prescindindo da análise da intenção do acusado em comercializar drogas com alunos das instituições de ensino.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.467/SP, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016)

No tocante à fração de aumento da agravante da reincidência, cumpre ressaltar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento da pena a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serem aplicados em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes, cabendo ao magistrado fixar o patamar necessário dentro dos parâmetros razoáveis e proporcionais.

No presente caso, verifica-se que a pena foi aumentada na segunda fase da dosimetria, para ambos os delitos, em 1/3.

Ainda que inexista critérios mínimo e máximo de exasperação, predomina nesta Corte o entendimento de que a majoração da sanção em patamar superior a 1/6, na segunda fase, pela incidência da agravante da reincidência demanda fundamentação concreta. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBOS EM CONCURSO FORMAL. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. VÁRIAS CONDENAÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus.

2. No caso concreto, o Tribunal a quo manteve o percentual de aumento pela reincidência estabelecido em primeiro grau, apenas consignando a existência de seis condenações definitivas passíveis de utilização para esse fim.

3. Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

4. Hipótese em que a fração de 1/3, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de ser o paciente multirreincidente, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 908.374/MG, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)

No caso, embora o paciente seja multireincidente, uma das condenações foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizada na primeira fase, não podendo ser novamente sopesada na segunda, sob pena de *bis in idem*.

Assim, resulta imperativa a redução da fração de aumento da pena, pela agravante da reincidência, no que toca a ambos os delitos, para 1/6.

Em consequência, passo ao redimensionamento das penas.

Quanto ao crime de tráfico, reduzo a pena-base para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na segunda fase, incidente a agravante da reincidência, cuja fração ora se reduz para 1/6, fixo a pena em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Em relação ao porte ilegal de arma de fogo, mantida a pena-base em 3 anos e 3 meses de reclusão, reduzo o *quantum* de aumento da reincidência para 1/6, razão pela qual a pena desse delito passa a ser de 3 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão.

Em virtude do concurso material estabelecido na origem, a pena do paciente fica definitivamente estabelecida em 10 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para **10 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão e 693 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0291740-3

HC 377.883 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121100867013 02566313520118210001 10082920112165 121100867013 21100867013
2566313520118210001 70046188710 70057975492

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CRISTIANO TIER TRINDADE

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.