



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 435.713 - RO (2018/0024929-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PACIENTE : ELAINE LIRA SANTANA (PRESO)
PACIENTE : FRANCISCO CARLOS BARBOSA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PACIENTE FRANCISCO, QUE APRESENTA DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES, APTAS A CONFIGURAREM MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PRETÉRITA DIVERSA UTILIZADA PARA CARACTERIZAR A REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MANUTENÇÃO DA PENA APLICADA NA PRIMEIRA FASE PARA O PACIENTE FRANCISCO. PACIENTE ELAINE, QUE NÃO APRESENTA MAUS ANTECEDENTES. DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. ILEGALIDADE DEMONSTRADA QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA DA PACIENTE ELAINE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

– 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 *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Acerca da dosimetria da pena, deve-se considerar que, apesar de a jurisprudência desta Corte entender como razoável e proporcional a fração de aumento de 1/6 para cada circunstância judicial, tal análise não é uma operação aritmética, na qual se atribui pesos absolutos para cada uma delas, sendo reservado ao julgador o exercício da discricionariedade vinculada, em decorrência do que a escolha do *quantum* de reprimenda a ser aplicado será determinado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

principalmente pelas particularidades do caso. Assim, é possível que *"o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp 1.43.071/AM, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).

– No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram especialmente a gravidade concreta da conduta praticada pelos pacientes, tendo em vista a apreensão de expressiva quantidade de drogas, inclusive de entorpecente cuja natureza é especialmente nefasta – 284,5g de cocaína e 252,3g de maconha. Tal fundamento é idôneo para exasperar a pena-base, nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

– Ademais, igualmente idônea a fundamentação utilizada para valorar negativamente as circunstâncias do delito, porquanto os acusados utilizavam, para a prática criminosa, a casa onde residia a mãe de um deles, senhora doente, a qual contava com oitenta anos à época dos fatos, causando perturbações a ela e aos demais familiares, conforme consignado nos autos. Tais elementos, devidamente destacados pelas instâncias ordinárias, conferem ao ilícito praticado maior reprovabilidade, o que enseja proporcional resposta penal.

– Quanto ao paciente Francisco, por possuir três condenações transitadas em julgado, é possível a utilização de duas delas para exasperar a pena-base, a título de maus antecedentes, e outra para configurar a reincidência, sem que haja *bis in idem*. Precedentes.

– Quanto aos antecedentes de Elaine, porém, não podem ser tidos por desfavoráveis, uma vez que a condenação pretérita já foi utilizada para agravar a pena na segunda fase dosimétrica, com base no art. 61, I, do Código Penal (reincidência). Assim, a fim de que não se incorra em indevido *bis in idem*, esta circunstância deve ser avaliada de forma neutra, de modo que a pena-base, para a paciente, fique exasperada na fração de 1/4, a qual reputo proporcional ao caso.

– A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, ao reconhecer que as causas devem ser igualmente valoradas.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas à paciente Elaine Lira Santana para 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 625 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 04 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 435.713 - RO (2018/0024929-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PACIENTE : ELAINE LIRA SANTANA (PRESO)
PACIENTE : FRANCISCO CARLOS BARBOSA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ELAINE LIRA SANTANA e FRANCISCO CARLOS BARBOSA DOS SANTOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, no julgamento da Apelação n. 0000914-08.2015.8.22.0501.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, respectivamente às penas de 13 anos e 15 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa (fls. 10/19).

Inconformada, a defesa dos pacientes apelou e o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para absolvê-los da prática do delito de associação para o tráfico, mantendo a condenação pela prática do delito de tráfico, reduzindo as penas para 7 anos e 2 meses (Francisco) e 7 anos e 6 meses de reclusão (Elaine), em regime inicial fechado, e multa (fls. 22/25).

Na presente impetração, a defesa sustenta que os pacientes estão sendo submetidos a constrangimento ilegal, pois a exasperação da pena-base ocorreu sem fundamentação idônea e adequada, tendo em vista considerar a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Aponta, ainda, que o aumento operado pelas instâncias ordinárias à pena-base foi desproporcional e exacerbado, de forma que deve ser reduzido à fração de 1/8 para cada circunstância judicial eventualmente considerada negativa.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que a pena-base seja reduzida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao mínimo legal e, *subsidiariamente, deve-se adequar a fração aplicada para refletir o entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência, isto é, 1/8 (um oitavo).*

O pedido liminar foi indeferido às fls. 33/34 e, por estar suficientemente instruída a impetração, dispensou-se o envio de informações.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer exarado às fls. 39/46, opinou pela não concessão da ordem pretendida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 435.713 - RO (2018/0024929-8)

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, nesta Corte: HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; no Supremo Tribunal Federal: 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 a ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade o reconhecimento de constrangimento ilegal na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, tendo em vista a exasperação da pena-base do delito de tráfico, a qual teria ocorrido em razão de fundamentação inidônea e por fração desproporcional ao caso.

Acerca da dosimetria da pena, deve-se considerar que, apesar de a jurisprudência desta Corte entender como razoável e proporcional a fração de aumento de 1/6 para cada circunstância judicial, tal análise não é uma operação aritmética, na qual se atribui pesos absolutos para cada uma delas, sendo reservado ao julgador certo grau de discricionariedade (vinculada), em decorrência do que a escolha do *quantum* de reprimenda a ser aplicado será determinado principalmente pelas particularidades do caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 1.43.071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS E ANTERIORES. PENA-BASE. UTILIZAÇÃO DE UM FATO COMO MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. UTILIZAÇÃO DE OUTROS 4 (QUATRO) FATOS COMO REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. PATAMAR ACIMA DE 1/6. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.

I - "O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea." (HC 413.396/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 16/02/2018)

II - In casu, o aumento na segunda fase foi concretamente e idoneamente fundamentado na existência de várias condenações em crimes graves (4 outros fatos), o que afasta a tese de desproporcionalidade na fixação da reprimenda.

Agravo desprovido.

(AgRg no AREsp 1261051/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE CÁRCERE PRIVADO E MOTIM DE PRESOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSIÇÃO DE LIDERANÇA. SITUAÇÕES DE INDISCIPLINA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS ANTERIORES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE ELEVAÇÃO EXCESSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRITÉRIO NÃO OBJETIVO OU MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. REINCENTE. FUNDAMENTO SUFICIENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A valoração negativa dos antecedentes criminais, da conduta social e da personalidade é válida se baseada em circunstâncias concretas dos autos que demonstrem anormal gravidade das condutas.

2. **Consoante orientação jurisprudencial do STJ, a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).**

3. Inviável a apreciação de matéria não discutida pelas instâncias ordinárias diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Fixado o modo prisional mais gravoso com fundamento na reincidência do acusado, não há falar em constrangimento ilegal.

5. Decisão monocrática mantida.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 441.449/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 11/6/2018)

No caso, o Juízo de 1º grau, ao exasperar a pena-base, apresentou os seguintes fundamentos:

Ao réu FRANCISCO CARLOS BARBOSA DOS SANTOS

Tem 38 anos, separado, servente de pedreiro, mas não comprovou o exercício do trabalho, não concluiu o ensino fundamental. Registra antecedentes (fls. 70/71), já tendo sido condenado 03 vezes pelo crime de tráfico.

*Considerando as circunstâncias judiciais ditadas pelo artigo 59 e 68 do Código Penal, atendendo à culpabilidade (plena consciência da ilicitude do seu ato); aos **antecedentes** (desfavoráveis, pois já condenado definitivamente no crime de tráfico por pelo menos 03 vezes, cujas condenações além de contabilizadas nas circunstâncias do art. 59, também geram reincidência); à **conduta social** (reprovável, pois o acusado claramente se dedica à prática do tráfico, não ostentando labor lícito); aos **motivos** (ditados pela ganância de obter lucro fácil e imediato, e considerando as peculiaridades do caso concreto, entendo que os motivos são inerentes ao crime, conforme já decidiu o STF ao julgar o HC n^o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

107.532 - lucro fácil); às **circunstâncias** (o acusado armazenava substância entorpecente tanto em sua residência, inclusive, comercializava droga na residência da mãe, local onde fora abordado, sendo que sua genitora é uma senhora de idade que passava por problemas de saúde, sem reação àquela conduta dos réus, e por isso, tinha a reprovação da família em razão de sua conduta criminosa); **personalidade** (demonstra-se voltada à criminalidade, pois as provas amealhadas apontam que ele estava se dedicando à prática de atividade criminosa de longa data, portanto, evidencia periculosidade); **consequências** do crime (remontam às circunstâncias do tipo, através da disseminação de droga na sociedade, e especialmente no caso em comento, atingindo diretamente sua própria família, vítima direta de sua prática delituosa); **comportamento da vítima** (a vítima e a própria sociedade, para o crime de tráfico de modo geral, - não incentivou nem contribuiu para a prática do crime, contrariamente, exige pronta e exemplar punição).

Ao crime do Art. 33, caput, da Lei 11.343/06:

E mais, atento ao disposto no art. 42 da Lei Antidrogas que dispõe que a natureza, a quantidade e qualidade devem influenciar na fixação da pena, no caso foram apreendidos aproximadamente 284,5g de cocaína e 252,3g de maconha, e mais, inúmeros apetrechos utilizados no preparo e endolamento da droga, **fixo-lhe a pena base em 08 anos de reclusão e pagamento de 800 dias-multa**, no valor dia de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Ao crime do art. 35, da Lei 11.343/06:

Para o crime de associação para o tráfico, considerando todas as circunstâncias já analisadas, **fixo-lhe a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa**, no valor dia de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

À ré ELAINE LIRA SANTANA

Tem 30 anos, separada, não apresentou profissão nem comprovou o exercício de nenhuma atividade, não concluiu o ensino fundamental. Registra antecedentes (fls. 68/69), já tendo sido condenada definitivamente pelo crime de tráfico.

Considerando as circunstâncias judiciais ditadas pelo artigo 59 e 68 do Código Penal, atendendo à culpabilidade (plena consciência da ilicitude do seu ato); aos antecedentes (desfavoráveis, pois já condenada definitivamente no crime de tráfico, cuja condenação será valorada para fins de reincidência); à conduta social (reprovável, pois a acusada claramente se dedica à prática do tráfico, fazendo o seu meio de vida); aos motivos (ditados pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ganância de obter lucro fácil e imediato, e considerando as peculiaridades do caso concreto, os motivos são inerentes ao crime, conforme já decidiu o STF ao julgar o HC n^o 107.532 - lucro fácil); às circunstâncias (a acusada armazenava substância entorpecente tanto em sua residência, como na residência de sua sogra, local onde fora abordada juntamente com o corréu. Inclusive, comercializavam droga neste local da abordagem, onde residia a mãe do acusado, uma senhora de idade que passava por problemas de saúde); personalidade (demonstra-se voltada à criminalidade, pois as provas amealhadas apontam que ela estava se dedicando à prática de atividade criminosa e registra condenação pelo mesmo crime); conseqüências do crime (remontam às circunstâncias do tipo, através da disseminação de droga na sociedade, e especialmente no caso em comento, atingindo diretamente sua própria família, vítima direta de sua prática delituosa); comportamento da vítima (a vítima e a própria sociedade, para o crime de tráfico de modo geral, - não incentivou nem contribuiu para a prática do crime, contrariamente, exige pronta e exemplar punição).

Ao crime do Art. 33, caput, da Lei 11.343/06:

*E mais, atento ao disposto no art. 42 da Lei Antidrogas que dispõe que a natureza, a quantidade e qualidade devem influenciar na fixação da pena, no caso foram apreendidos aproximadamente 284,5g de cocaína e 252,3g de maconha, e mais, inúmeros apetrechos utilizados no preparo e endolamento da droga, **fixo-lhe a pena base em 07 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 750 dias-multa**, no valor dia de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

Ao crime do art. 35, da Lei 11.343/06:

*Para o crime de associação para o tráfico, considerando todas as circunstâncias já analisadas, **fixo-lhe a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa**, no valor dia de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fls. 15/18).*

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao analisar a dosimetria das penas aplicadas, reduziu as penas-base, apresentando a seguinte motivação:

Colhe-se da sentença que, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do delito, bem como a natureza e quantidade de entorpecente apreendido (284,5g de cocaína e 252,3g de maconha), o magistrado elevou a pena inicial 3 anos acima do mínimo legal, ou seja, fixou a pena-base em 8 anos de reclusão.

Com efeito, embora a culpabilidade com base na consciência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*ilicitude não sirva como fundamento válido a elevar a pena-base, há de se considerar que o acusado registra **três condenações por crime idêntico, todas transitadas em julgado antes dos fatos em apuração (fls. 70/71), de sorte que uma delas pode ser considerada na segunda fase para efeitos da reincidência e as demais como circunstância judicial negativa.***

Ademais, não obstante os autos não revelem elementos sobre a personalidade e conduta social do acusado, as circunstâncias da infração não o favorecem, uma vez que, conforme ressaltou o magistrado sentenciante, Francisco armazenava drogas na residência da mãe, local onde fora abordado, sendo que sua genitora é uma senhora de idade, que passava por problemas de saúde, sem reação àquela conduta, e por isso tinha a reprovação da família em razão da conduta criminosa.

No mais, a diversidade (cocaína e maconha) e quantidade de droga apreendida, mais de 500 gramas no total, também influenciam na fixação da pena.

Ainda assim, embora a motivação apresentada pelo magistrado autorize a fixação da pena-base acima do mínimo legal não justifica a elevação da pena três anos acima do mínimo, de sorte que a redimensiono para 7 anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, reduzo a pena em 4 meses para em seguida, considerando a preponderância da agravante, majorá-la em 6 meses, totalizando 7 anos e 2 meses de reclusão.

Da mesma forma, embora não requerido, possível a redução da pena da corré que, com base nas mesmas circunstâncias (com exceção dos maus antecedentes, uma vez que Elaine registra apenas uma sentença condenatória anterior utilizada na segunda fase da dosimetria), teve sua pena estabelecida em 7 anos e 6 meses de reclusão.

Assim, reduzo a pena-base para 7 anos de reclusão que, ante a reincidência, majoro em 6 meses, alcançando 7 anos e 6 meses de reclusão.

*Considerando a absolvição de ambos os réus pelo crime de associação para o tráfico, excluo da condenação a pena referente a esse delito, restando os apelantes Francisco Carlos Barbosa e Elaine condenados à pena respectiva de **7 anos e 2 meses de reclusão e 7 anos e 6 meses de reclusão. Pela reincidência, mantenho o regime inicial fechado.***

[...]

Ante o exposto, DOU PARCIAL provimento aos recursos para absolver os apelantes da prática do crime previsto no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06, nos termos do art. 386, VII, do CPP e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redimensionar suas reprimendas, restando os apelantes Francisco Carlos Barbosa dos Santos e Elaine Lira Santana condenados à pena respectiva de 7 anos e 2 meses de reclusão e 7 anos e 6 meses de reclusão pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Pela reincidência, mantenho o regime inicial fechado.

É como voto (fls. 15/18).

Verifica-se, dos trechos destacados, que as instâncias ordinárias ressaltaram especialmente a gravidade concreta da conduta praticada pelos pacientes, tendo em vista a apreensão de expressiva quantidade de drogas, inclusive de entorpecente cuja natureza é nefasta – 284,5g de cocaína e 252,3g de maconha. Tal fundamento é idôneo para exasperar a pena-base, nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, igualmente tenho por idônea a fundamentação utilizada para valorar negativamente as circunstâncias do delito, porquanto os acusados utilizavam, para a prática criminosa, a casa onde residia a mãe de um deles, senhora doente, a qual contava com oitenta anos à época dos fatos, causando perturbações a ela e aos seus familiares, conforme consignado nos autos (fl. 13).

Com efeito, tais elementos, devidamente destacados pelas instâncias ordinárias, conferem ao ilícito praticado maior reprovabilidade, o que enseja proporcional resposta penal.

Ademais, quanto ao paciente Francisco, por possuir três condenações transitadas em julgado, como ressaltado pelas instâncias ordinárias, é possível utilizar duas delas para exasperar a pena-base, a título de maus antecedentes, e outra para configurar a reincidência, sem que haja *bis in idem*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATAM DE PROCESSOS DISTINTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou-se no sentido de que não há óbice em se considerar, na primeira fase da dosimetria, anotações diversas daquelas sopesadas como reincidência, razão pela qual é descabida a alegação de ocorrência de bis in idem, ou mesmo de ofensa ao enunciado sumular 241 deste Sodalício, uma vez que os fatos utilizados para a exasperação de pena-base não são os mesmos que autorizaram a majoração na etapa seguinte.

(...)

(HC 388.575/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017) - negritei

PENAL E PROCESSUAL. (I) ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E POSSE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO DIVERSO. (II) DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DIVERSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.

[...]

3. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

4. Nos moldes do enunciado n. 241 da Súmula desta Corte Superior, a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Nada obsta, porém, que, diante de diversas condenações definitivas pretéritas em desfavor do sentenciado, seja uma delas utilizada pelo sentenciante na primeira fase do cálculo da reprimenda, e a outra na segunda etapa da dosimetria, a título de reincidência. Precedentes.

5. Na espécie, correto o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto) diante dos maus antecedentes do paciente, pois presente uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação definitiva em face do sentenciado, anterior à data do fato em análise, diferente da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

6. *Ordem denegada.*

(HC 241.666/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe 21/3/2017) - negritei

Destarte, mantém-se o aumento da pena em relação a Francisco.

Quanto aos antecedentes de Elaine, porém, não podem ser tidos por desfavoráveis, uma vez que a condenação pretérita já foi utilizada para agravar a pena na segunda fase dosimétrica, com base no art. 61, I, do Código Penal (reincidência). Assim, a fim de que se não incorra em indevido *bis in idem*, esta circunstância deve ser avaliada de forma neutra.

Diante disso, inviável que as penas-base de ambos os pacientes sejam fixadas no mesmo patamar, como foi feito pelo Tribunal *a quo*.

Tendo em vista a fundamentação acima exposta, exaspero a pena-base da paciente em 1/4, resultando em uma pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, mais 625 dias-multa.

Na segunda fase dosimétrica, a despeito de não ter havido insurreição da defesa dos pacientes acerca do tema, mas, verificando a existência de constrangimento ilegal, de ofício afasto a exasperação da pena realizada pelo Tribunal *a quo*, de forma que mantenho a pena no mesmo patamar fixado na fase anterior, tendo em vista que a confissão e a reincidência são igualmente preponderantes, consoante o entendimento consolidado deste Tribunal, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS.

À ausência de causas de aumento ou diminuição, torno definitivas as reprimendas aplicadas a Elaine em 6 anos e 3 meses de reclusão, mais 625 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, ante a reincidência da paciente.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, apenas para diminuir as penas impostas à paciente ELAINE LIRA SANTANA para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 625 dias-multa.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0024929-8

HC 435.713 / RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009140820158220501 9140820158220501

EM MESA

JULGADO: 04/09/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Bel. FRANCISCO PEREIRA DA SILVA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA
PACIENTE	: ELAINE LIRA SANTANA (PRESO)
PACIENTE	: FRANCISCO CARLOS BARBOSA 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 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.