



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.634 - PE (2016/0291006-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ALEXSANDRO GOMES DE AMORIM
ADVOGADO : ALEXSANDRO GOMES DE AMORIM - PE035632
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : DANIEL AMORIM MARTINS FRANCO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS, MOTIVOS. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. AFASTAMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA. REDUTORA MANTIDA NO PATAMAR DE 1/6. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *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. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

3. Há ilegalidade na dosimetria, porquanto os fundamentos utilizados para exasperar a pena-base não são idôneos. Isso porque, *é evidente a intensa culpabilidade do réu, que agiu de forma livre e consciente da ilicitude do fato,(...) os motivos não justificam o crime, uma vez que precisar de dinheiro não autoriza a prática da conduta ilícita; quanto às circunstâncias, é merecedor de registro o fato de o sentenciado ter praticado o crime apesar de declarar*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que exercia um trabalho remunerado, (...) são argumentos vagos que não se prestam a valorar negativamente essas circunstâncias, porquanto podem ser aplicados a qualquer acusado que pratica um crime. Dessa forma, devem ser afastados.

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

5. Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram a quantidade da droga apreendida tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.

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

7. Em relação ao regime, a elevada quantidade de droga apreendida (8 kg de maconha) foi sopesada para arbitrar a causa especial de diminuição da pena em patamar diverso do máximo, justificando, assim, a manutenção do regime inicial fechado.

8. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o *quantum* da pena aplicado supera o limite do art. 44, inciso I, do Código Penal.

9. *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), 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.634 - PE (2016/0291006-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ALEXSANDRO GOMES DE AMORIM
ADVOGADO : ALEXSANDRO GOMES DE AMORIM - PE035632
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : DANIEL AMORIM MARTINS FRANCO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL AMORIM MARTINS FRANCO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (HC n. 0003726-75.2016.8.17.0000).

Narra a inicial que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos, 5 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (fls. 57/62).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* originário, o qual teve a ordem denegada, nos termos do acórdão de fls. 69/82.

No presente *mandamus* (fls. 1/56), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: a exasperação da pena-base não apresentou fundamentação idônea, o que viola o disposto nos arts. 59 do CP e 93 da CF; o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado na fração máxima, pois o caso trata de *réu primário e portador de bons antecedentes, em que nem de longe ficou comprovada a participação em organização criminosa* (fl. 20); deve ser fixado regime inicial mais brando; o paciente faz jus ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena, a fixação do regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 90/91.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 400/406, pela denegação da ordem:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. PELO NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO NOS TERMOS DO §3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Consoante entendimento desse Superior Tribunal de Justiça, em harmonia com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, é necessária a racionalização do emprego do habeas corpus, em observância às normas constitucionais que limitam o âmbito de conhecimento da garantia constitucional e normatizam a sistemática recursal. Na espécie, o habeas corpus foi impetrado como substitutivo de revisão criminal.

2. A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

4. Exasperação da pena adequadamente fundamentada.

3. O Ministério Público Federal manifesta-se pelo não conhecimento do presente habeas corpus e, caso contrário, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.634 - PE (2016/0291006-3)

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 alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

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

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

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

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

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na não aplicação da redutora na fração máxima e na fixação do regime inicial fechado.

A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base nos seguintes termos:

Atendendo as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e ao método trifásico do art. 68, tem-se que: é evidente a intensa culpabilidade do réu, que agiu de forma livre e consciente da ilicitude do fato; não possui antecedente criminal; não há informações sobre a conduta social; não há elementos suficientes para aferição da personalidade do réu no curso deste processo; os motivos não justificam o crime, uma vez que precisar de dinheiro não autoriza a prática da conduta ilícita; quanto às circunstâncias, é merecedor de registro o fato de o sentenciado ter praticado o crime apesar de declarar que exercia um trabalho remunerado, justamente no Fórum desta Comarca, e que aceitou fazer esse 'serviço' para ganhar dinheiro rápido; relativamente às consequências do crime, estas são comuns à espécie, porém há de se ressaltar que a gravidade da conduta só não foi maior porque houve a apreensão da droga pela Polícia antes da distribuição; e por se tratar crime de perigo abstrato, não há vítima individualizada.

Com relação à natureza e à quantidade da droga apreendida, considerando que tais circunstâncias serão ponderadas quando da aplicação da minorante prevista no art. 33. da Lei n° 11.340/06, deixo de valorá-la. Quanto a tal aspecto, destaco que o plenário do STF, instado a dirimir a controvérsia, fixou recente entendimento no sentido de que a critério do magistrado, tais circunstâncias podem ser alternativamente utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, sem que haja violação à regra disposta no art. 42 da Lei n° 11.343/06:

(...)

Assim, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima expostas, além do art. 42 da Lei n. 11.343/06, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão. (Sentença fls. 60/61)

1. Quanto ao pedido de diminuição da pena.

De fato, é preciso reconhecer que, na 1ª FASE DOSIMÉTRICA a juíza a quo deixou de fundamentar corretamente algumas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

A Magistrada disse "é evidente a intensa culpabilidade do réu, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não disse o porquê dessa suposta elevada culpabilidade; quanto aos motivos, a juíza afirmou apenas que eles "não justificam o crime"; ao falar sobre as circunstância do crime, a julgadora singular disse que seriam desfavoráveis porque o acusado praticou o tráfico "para ganhar dinheiro rápido" (quando, na verdade, a ânsia pelo lucro fácil é inerente ao referido delito).

Entretanto, a 2ª FASE DOSIMÉTRICA foi feita corretamente. A Juíza acertou ao considerar a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal) em benefício do réu - contra o que este não se insurge, é claro.

E, finalmente, na 3ª FASE DOSIMÉTRICA o Sr. Daniel ainda foi beneficiado.

Apesar de ter sido flagrado em um veículo tentando entregar 4 tabletes de maconha a um terceiro (para abastecer o tráfico daquela droga no Município de Olinda e, ainda, com mais 4 tabletes em sua residência (totalizando a vultosa quantidade de 7,825kg, diga-se, praticamente 8 kg de entorpecente), a Togada considerou que o réu faria jus à causa de diminuição de pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Esse dispositivo diz:

§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § lo deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ora, se por um lado a Magistrada se equivocou em prejuízo do réu (quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal), por outro lado, em um novo equívoco, beneficiou-o bastante, diminuindo a pena em 1 /6 quando isso não seria juridicamente possível.

Na sentença, inclusive, consta o seguinte fundamento (fl. 50):

(...) quem faz o transporte e armazenamento de droga denota colaboração com organização criminosa, que reclama a concessão do benefício em grau mínimo, devendo-se reservar os patamares mais elevados para casos de periculosidade extremamente reduzida. Portanto, na forma do art. 33, §4º, da Lei nº 1 1.343/06, minoro a pena em 1/6(um sexto): 01 (um) ano, 03(três) meses e 15(quinze) dias.

Ora, quem "colabora com organização criminosa" na verdade NÃO TEM DIREITO ao "benefício" (diga-se, à causa de diminuição da pena). Não há como, de acordo com a Lei (33, §4º, da Lei de Drogas), haver a diminuição.

Então é que, no fim das contas, a sanção estatal terminou sendo fixada apenas um pouco acima do mínimo legal - em 6 anos, 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses e 15 dias de reclusão, mais 600 dias-multa. Sendo assim, não houve, ao contrário do que dito pelo impetrante, a fixação de uma "reprimenda rigorosamente excessiva". Pelo contrário.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes deve receber pena de 5 a 15 anos de reclusão (mais multa), e in casu Magistrada exasperou minimamente a pena, o que não representa, em uma análise quantitativa à luz do caso concreto, qualquer excesso.

Da leitura do trechos supracitados, verifica-se que o juízo de primeiro grau exasperou a pena-base em 3 anos, tendo em vista a culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime, e a quantidade e a natureza da droga apreendida. O Tribunal local manteve a exasperação.

Contudo, verifico ilegalidade na dosimetria.

Em relação às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, os fundamentos utilizados não são idôneos. Isso porque, *é evidente a intensa culpabilidade do réu, que agiu de forma livre e consciente da ilicitude do fato,(...) os motivos não justificam o crime, uma vez que precisar de dinheiro não autoriza a prática da conduta ilícita; quanto às circunstâncias, é merecedor de registro o fato de o sentenciado ter praticado o crime apesar de declarar que exercia um trabalho remunerado, (...) são argumentos vagos que não se prestam a valorar negativamente essas circunstâncias, porquanto podem ser aplicados a qualquer pessoa que pratica um crime. Dessa forma, devem ser afastados.*

Quanto a quantidade e a natureza das drogas, verifico que foram utilizadas para exasperar a pena-base e também como parâmetro para fixar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em apenas 1/6. Apesar de o magistrado ter consignado que não iria utilizar esses fundamentos para aumentar a pena-base, não foi o que aconteceu. Conforme fls. 61, a quantidade e a natureza das drogas também foram utilizadas como fundamento para a exasperação da pena-base.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

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

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

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

3. Agravo regimental improvido.

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

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

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

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

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

Dessa forma, a dupla valoração da quantidade da droga em fases distintas da dosimetria, do crime do tráfico, efetivamente, configura constrangimento ilegal, passível de correção pela presente via constitucional.

Afastados os fundamentos utilizados para exasperar a pena-base, fixo esta no mínimo legal. Na segunda fase, ainda que presente a atenuante da confissão, em razão do enunciado 231/STJ deixo de reduzir a pena. Na terceira etapa, é de ser mantida a redução no patamar aplicado pelas instâncias ordinárias, qual seja, uma vez que a elevada quantidade de droga apreendida (8 kg de maconha) requer uma resposta estatal mais efetiva, diante da gravidade concreta do delito. Assim, a pena final resulta em 4 anos e 2 meses de reclusão.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

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

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

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

(...)

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

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

Quanto ao regime, não obstante o redimensionamento da pena, deve ser mantido o inicial fechado. Isso porque a elevada quantidade de droga apreendida (8 kg de maconha) foi sopesada para arbitrar a causa especial de diminuição da pena em patamar diverso do máximo, justificando, assim, a fixação do regime inicial mais gravoso.

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com base na expressiva quantidade e na natureza de droga apreendida (171 porções de crack) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

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

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

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

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

Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o *quantum* da pena aplicado supera o limite do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço o *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena do paciente para **4 anos e 2 meses de reclusão**, mantido o regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0291006-3

HC 377.634 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00037267520168170000 00287238820148170810 287238820148170810
37267520168170000

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXSANDRO GOMES DE AMORIM
ADVOGADO : ALEXSANDRO GOMES DE AMORIM - PE035632
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : DANIEL AMORIM MARTINS FRANCO (PRESO)

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

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.