



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.795 - SC (2015/0283563-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : CLEBER SILVA DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A PRIMEIRA E SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE, POIS NÃO FOI CONSIDERÁVEL A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. INVIABILIDADE. 42 PEDRAS DE CRACK. NOCIVIDADE DA DROGA QUE JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO DA PENA. AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA EM 1/5 SEM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. REDUÇÃO PARA A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– É cediço que, no tocante à dosimetria da pena, a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (*HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Ficher, Quinta Turma, DJe 12/3/2015*).

– A natureza da droga apreendida (**42 pedras de crack**), de alto teor lesivo, autoriza a exasperação da pena-base do paciente, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente.

– Sabe-se que o nosso Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a devida fundamentação. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação da agravante da reincidência, deve ser fundamentado.

– Hipótese em que, havendo apenas um processo considerado a título de reincidência e tendo o Tribunal de origem mantido a fração de aumento de 1/5 sem qualquer fundamentação específica, o constrangimento ilegal encontra-se evidenciado, devendo a fração de aumento pela agravante em questão ser reduzida para 1/6.

– Quanto ao regime de cumprimento da pena, deve ser mantido o fechado, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal, considerando a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do paciente.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.795 - SC (2015/0283563-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : CLEBER SILVA DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de CLEBER SILVA DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação n. 2015.048445-3.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo juízo singular, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (e-STJ fls. 157/168).

Irresignadas, apelaram ambas as partes. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e proveu parcialmente o recurso ministerial para aumentar a pena fixada ao paciente para 8 anos de reclusão e 666 dias-multa, conforme acórdão de e-STJ fls. 24/45.

A defesa sustenta, no presente *writ*, a ocorrência de constrangimento ilegal no aumento da pena-base 1/6 acima do mínimo legal, em razão da natureza e quantidade da droga (apreensão de 8,01 g de *crack*), ao fundamento de que teria havido violação ao art. 42 da Lei 11.343/2006 e ao art. 59 do Código Penal, uma vez que a quantidade apreendida no caso é pequena e a norma legal prevê o aumento da pena apenas quando a natureza e a quantidade da droga recomendarem a aplicação de reprimenda maior.

Argumenta, ainda, haver *bis in idem* no aumento da pena-base, na primeira fase da dosimetria, em razão dos maus antecedentes, e na segunda, pela reincidência. Isto porque, possuindo dois processos com condenação definitiva, um deles foi utilizado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperar a pena-base a título de maus antecedentes e o outro, para agravar a pena, pela reincidência. Contudo, destaca que o Tribunal de origem deveria ter reduzido a fração de 1/5, utilizada pelo sentenciante quando da utilização dos dois processos como reincidência na segunda fase, para 1/6, uma vez que restou apenas um feito a ser levado em consideração como a agravante do art. 61, I, do CP e sem qualquer incremento de fundamentação.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a realização de nova dosimetria, reduzindo-se se a pena-base e aplicando-se a fração de 1/6 na segunda fase da dosimetria.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 270/271).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem, para que, na segunda fase da dosimetria, a fração de aumento pela reincidência seja reduzida de 1/5 para 1/6 (e-STJ fls. 279/283).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.795 - SC (2015/0283563-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a readequação da pena do paciente, com o afastamento, na primeira fase, da valoração negativa das circunstâncias do delito, ante a nocividade da droga apreendida, e com a redução da fração de aumento pela reincidência para 1/6.

É cediço que, no tocante à dosimetria da pena, a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (*HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12/3/2015).

Compulsando os autos, infere-se que o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, fixou a pena-base do paciente no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão. Na segunda fase, presentes duas condenações definitivas pelo delito de roubo, agravou a pena pela reincidência em 1/5, restando a pena definitiva em 6 (seis) anos de reclusão (e-STJ fls. 165/166).

O Tribunal de origem por sua vez, ao dar provimento ao apelo ministerial, redimensionou a pena do ora paciente nos seguintes moldes:

O Ministério Público pleiteia incremento na primeira fase da dosimetria a pena em relação aos antecedentes penais, no patamar de 1/6, e a as circunstâncias do delito em que se analisam os arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas conjuntamente. Aduz que se trata da apreensão de 42 (quarenta e duas) pedras de crack, droga com alto poder viciante e destrutivo.

Pede, outrossim, que seja alterada a fração de aumento da agravante da reincidência de 1/5 para 1/6, seguindo orientação deste Tribunal de Justiça.

(...)

No que tange à primeira etapa dosimétrica, verifica-se que o Magistrado a quo deixou de majorar a pena-base por conta do art. 42 da Lei de Drogas, o qual, nos crimes de tráfico, deve ser analisado em conjunto com o art. 59 do Código Penal, aduzindo que se tratou de "ínfima" quantidade de entorpecente, o qual, muito embora se trate de crack, não pode ser valorado negativamente porque a quantidade de droga inviabiliza o incremento. Ocorre que este não é o entendimento desta Câmara Criminal.

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 dispõe 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".

In casu, cumpre registrar que, conforme o laudo pericial de fls. 76/78, cerca de 42 (quarenta e duas) pedras de crack foram apreendidas com o apelante que trazia consigo a substância ilícita, razão por que tem-se que, nesse ponto, agiu com equívoco o Magistrado ao não valorar negativamente a pena-base.

Cabe referendar que não se trata de "ínfima" quantidade de droga apreendida, conforme justifica o Magistrado, mas ao contrário, cada grama de crack pode render, em média, de 03 (três) a 05 (cinco) pedras da droga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se viu, a droga traficada era crack, substância de alta nocividade e com forte capacidade de levar ao vício, de modo a tornar a conduta mais reprovável do que outras enquadráveis no mesmo tipo penal, logo, justifica-se o incremento da pena-base em 1/6 (um sexto) da pena.

(...)

Continuando, colhe-se da certidão de antecedentes penais de fls. 25/28 que Cleber possui 02 (duas) condenações com trânsito em julgado (autos n. 0017511-50.2010.8.24.0023 e n. 0007074-84.2011.8.24.0064), as quais foram utilizadas apenas para agravar a pena na segunda etapa dosimétrica.

No entanto, requer o Ministério Público que uma dessas condenações seja utilizada para majorar a pena-base, reconhecendo-se os maus antecedentes penais, pois para configurar a reincidência basta que o agente tenha uma condenação transitada em julgado nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal.

Diante da dupla reincidência de Cleber, pode um dos processos desabonar os seus antecedentes, enquanto que o outro pode figurar para o reconhecimento da agravante da reincidência.

Assim, utilizar-se-á a condenação dos autos n. 0017511-50.2010.8.24.0023 para majorar a pena-base em relação aos maus antecedentes e a condenação dos autos n. 0007074-84.2011.8.24.0064 para agravar a pena em face da reincidência.

(...)

Logo, majora-se a pena-base em 1/3 (um terço), ou seja, 1/6 (um sexto) em face das circunstâncias do crime (natureza e quantidade da droga apreendida) e 1/6 (um sexto) por conta dos maus antecedentes.

Assim, finaliza-se a pena basilar em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses e

666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Quanto à segunda fase dosimétrica, mantem-se o aumento de 1/5 (um quinto) perpetrado na sentença a quo por conta da reincidência do apelante, pois o quantum de aumento é de discricionariedade do Magistrado, sendo a fração de 1/6 apenas uma balizadora, não obrigatória.

Ausentes as causas especiais de aumento ou diminuição de pena, fixa-se, definitivamente, em 08 (oito) anos de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa (e-STJ fls. 38/43).

Analisando o excerto acima, infere-se que a pena-base foi aumentada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/3, ante a presença de dois vetores desfavoráveis ao paciente, quais sejam, os maus antecedentes e a quantidade e nocividade da droga apreendida (*42 pedras de crack, pesando 8,2 gramas*).

Na presente impetração, a defesa requer que a exasperação da pena-base opere-se no patamar de 1/6, e não de 1/3, tendo em vista apenas os antecedentes do acusado, pois o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 faz alusão à quantidade aliada à qualidade da droga apreendida, não podendo um desses elementos, de forma isolada, ser fundamento para justificar o afastamento do mínimo legal. Assim, no caso, sustenta a defesa que, embora o *crack* seja uma droga nociva, a ínfima quantidade apreendida não pode elevar a pena-base.

Contudo, não há qualquer alteração a ser realizada na pena-base do paciente. Isto porque a natureza da droga apreendida (***42 pedras de crack***), de alto teor lesivo, autoriza a exasperação da pena-base do paciente, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2003. PROPORCIONALIDADE. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus é permitida naquelas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o julgador, para fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 6 anos, levou em consideração a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Ordem não conhecida. (HC 292.745/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014) - grifei.*

Por outro lado, em relação à fração de 1/5 utilizada para agravar a pena pela reincidência, consistente na presença de apenas um processo levado em conta a título da agravante em questão, entendo que razão assiste à defesa.

Sabe-se que o nosso Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação da agravante da reincidência, deve ser fundamentado.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. LATROCÍNIO TENTADO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA N. 241/STJ. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE QUE SE AFASTOU DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA E SEM MENCIONAR A REINCIDÊNCIA. SEGUNDA FASE. AUMENTO DA PENA PROVISÓRIA EM DOIS ANOS, PATAMAR MENOR QUE A FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. É bem verdade que a lei não prevê as frações que serão aplicadas no caso de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de reincidência, tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentado.

5. No caso, o aumento de 2 anos, pela reincidência, foi menor que a fração comumente usada de 1/6, o que demonstra a inexistência de qualquer ilegalidade a ser sanada por esta Corte Superior.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 324.436/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o Tribunal de origem manteve a fração de aumento de 1/5 sem qualquer fundamentação específica, o que autoriza, assim, a redução da fração de aumento para 1/6, restando a pena definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Por fim, quanto ao regime de cumprimento da pena, deve ser mantido o fechado, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal, considerando a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do paciente.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, reduzindo a pena do paciente nos termos acima expendidos.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0283563-9

HC 340.795 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00051388320148240075 20150484453 51388320148240075

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: CLEBER SILVA DE OLIVEIRA (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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.