



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.418 - PE (2017/0016018-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOSÉ ANDRÉ DE ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 8 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE EXCLUIU A VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, SEM REFLEXO NA PENA. PROPORCIONALIDADE. OFENSA. PENA-BASE REDUZIDA, CONSIDERANDO A VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DE DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS E DA QUANTIDADE/NOCIVIDADE DA DROGA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6, PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *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.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Hipótese em que há coação ilegal quando o Tribunal local, em julgamento de recurso exclusivo da defesa, mesmo após excluir dois vetores desfavoráveis na aplicação da pena-base, mantém a sanção fixada pelo sentenciante, sem reduzir proporcionalmente o *quantum*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pena arbitrado. Em decorrência, remanescendo como desfavoráveis a quantidade/nocividade da droga apreendida (*crack*), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e considerando as duas condenações definitivas pelo delito tráfico de entorpecentes valoradas a título de maus antecedentes, o que enseja a necessidade de se emprestar um maior rigor a dito vetor, deve a pena-base afastar-se em 1/3 do mínimo legal. Precedentes.

- A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada. Precedentes.

- No caso, configura constrangimento ilegal a redução da pena basilar em patamar inferior a 1/6, ante a atenuante da confissão, sem fundamentação concreta e de forma desproporcional ao aumento da pena-base.

- Embora o novo montante da pena (5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão) comporte, a princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, demonstra a necessidade do regime mais gravoso, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para reduzir as penas para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 554 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 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), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.418 - PE (2017/0016018-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOSÉ ANDRÉ DE ALMEIDA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de JOSÉ ANDRÉ DE ALMEIDA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Apelação n. 0018189-58.2012.8.17.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime definido no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 850 dias-multa (fls. 208/211).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal local, em acórdão acostado às fls. 286/303.

No presente *writ* (fls. 1/19), alega a impetrante, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, sob o argumento de que a pena-base encontra-se exacerbada, sem apoio em fundamentação concreta. Aduz que, à exceção dos antecedentes e da conduta social, as instâncias ordinárias não fundamentaram, concretamente, a necessidade do maior rigor na fixação da sanção. Destaca que não houve motivação adequada quanto à culpabilidade e à motivação do delito e que a quantidade pouco expressiva da droga apreendida não justifica a exasperação da sanção basilar.

Assevera, ainda, que, na segunda fase, a pena foi reduzida em apenas 6 meses pela atenuante da confissão, o que vai de encontro ao entendimento jurisprudencial, segundo a qual, em não havendo justificativa, deve ser aplicada a usual fração de 1/6.

Requer, assim, a concessão da ordem, com a redução da pena-base e a aplicação da fração de 1/6, pela redução decorrente da atenuante da confissão.

Não houve pedido liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 328/347.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento da ordem (fls. 351/355).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.418 - PE (2017/0016018-6)

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.

Cumpra 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, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta 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-se a redução da pena-base e a aplicação da fração de 1/6, pela atenuante da confissão, em favor do paciente.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria, condenou o ora paciente pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e estabeleceu as reprimendas nos seguintes moldes (fl. 210):

Diante da análise das circunstâncias judiciais constantes do art. 59, do Código Penal, vejo que há duas condenações com trânsito em julgado na folha de antecedentes do réu, referentes a tráfico; a culpabilidade apresenta-se em grau elevado, pois o réu tinha consciência da ilicitude da sua conduta e da reprovação por parte do ordenamento jurídico penal e da sociedade; a conduta social do réu é incompatível com as regras da boa convivência, vez que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática de três delitos da mesma natureza (conforme situação penal de fls. 119) retira da comunidade a possibilidade de alcançar a paz tão almejada, colocando-a em patamar de risco e insegurança freqüentes; a quantidade da droga apreendida, quarenta e nove pedras de crack, deve também ser considerada nesse contexto; não encontro motivo suficiente para tal conduta, a não ser o desejo incontido do lucro fácil, sem qualquer preocupação com o trabalho honesto, útil e produtivo; as circunstâncias e conseqüências lhe aproveitam.

Assim, para o delito tipificado no art. 33. da Lei nº 11.343/76, fixo-lhe a pena-base em nove anos de reclusão; reduzo essa pena em seis meses, em face da confissão espontânea, tornando-a concreta e definitiva em oito anos e seis meses de reclusão, em virtude da ausência de quaisquer outras circunstâncias a serem sopesadas.

Condeno-o, ainda, ao pagamento de oitocentos e cinquenta dias-multa, cada um deles no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

O Tribunal de origem, por seu turno, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve íntegra a sentença e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 293/296):

Como se vê, a pena aplicada ao denunciado, após o Magistrado a quo proceder a uma análise das circunstâncias pertinentes, encontra-se devidamente fundamentada, porquanto obedeceu aos critérios estabelecidos nos arts. 59 e 68. ambos do Código Penal, com as devidas ressalvas dos motivos que levaram à exasperação do seu quantum para um pouco acima do mínimo legal, não se olvidando que não se faz necessário, para proceder ao referido aumento, que todas as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao

Merece destacar que, in casu, foram sopesadas em desfavor do condenado os maus antecedentes, a conduta social e a elevada culpabilidade do agente, bem como a motivação do crime.

De fato, consoante se depreende da ficha criminal de fls.81, o recorrente foi condenado à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, substituída por restritiva de direito, mediante sentença já transitada em julgado, proferida em 13/10/2011, nos autos do processo- crime nº 0046521-45.2006.8.17.0001, a que respondeu perante a 1ª Vara dos Feitos relativos a Entorpecentes da Capital, por idêntica prática delitiva.

Constata-se. ainda, que o apelante já havia sido condenado à pena de 03 (anos) de reclusão, em 28/11/2001, no âmbito da ação penal nº 0026084-56.2001.8.17.0001. perante a 2ª Vara dos Feitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativos a Entorpecentes da Capital, também por tráfico de drogas.

Além disso, conforme informação extraída do sistema de movimentação deste Poder (JUDWIN). que faço anexar ao presente voto, verifica-se que o condenado responde, ainda, ao processo criminal nº 0007391-33.2015.8.17.0001, em tramitação perante a 2ª Vara dos Feitos relativos a Entorpecentes, acusado da prática do delito capitulado no art.33, da Lei nº 11.343/2006.

Observo, ainda, que o togado monocrático andou com acerto ao valorar a pena, considerando, também, a quantidade e a natureza da droga apreendida, tendo em vista se tratar de "crack", derivado da cocaína, entorpecente revestido de alto poder de lesar psíquica e fisicamente o usuário, trazendo implicações gravosas à sociedade.

É bom não olvidar, a propósito, os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Bem de ver que. in casu, o apenado foi preso em flagrante por manter em depósito 25,650 g (vinte e cinco gramas, seiscentos e cinqüenta miligramas) de cocaína base em forma de 49 pedras ("crack"), quantidade que não pode ser menosprezada para efeito de dosimetria da pena, mormente em face do elevado grau de dependência que a droga em questão causa aos seus usuários, circunstâncias que justificam, por si sós, a elevação da pena no patamar fixado na sentença.

(...)

No pertinente ao tráfico ilícito de entorpecentes, convém salientar que a pena cominada para o delito é de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, em razão de que se verifica que o MM. Juiz da causa, ao fixar a pena-base em 09 (anos) anos de reclusão, agiu em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando os elementos concretos ora realçados.

Conquanto não tenha sido objeto da presente insurgência recursal, ressalte-se, por pertinente, que o Magistrado da instância primária andou com acerto quando, por ocasião da 3º fase dosimétrica, deixou de aplicar a causa de diminuição da pena prevista no §4º, do art.33 da lei aplicável à espécie, não apenas em face da elevada quantidade da droga apreendida, o que, por si só, caracteriza a dedicação permanente à atividade criminosa, mas também pelo fato de o condenado já haver sido condenado em outros dois processos criminais, circunstância que demonstra se tratar de pessoa, indubitavelmente, afeita à prática delituosa.

Diante das razões ora esposadas, também não merece reparo a pena-base de 09 (nove) anos de reclusão fixada na sentença,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afigurando-se descabido o pedido de redução da reprimenda em face de o réu haver confessado a prática delituosa, considerando que o

Magistrado da instância primária, ao dosar da pena do referido delito, reconheceu a atenuante prevista no art.65, III, "d", do Código Penal, reduzindo a pena em 06 (seis) meses, para torná-la definitiva em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão 850 (oitocentos e cinquenta) dias- multa.

À luz das razões esposadas, não acolho o pedido de redução da reprimenda, a qual deve permanecer no patamar fixado na sentença, em face dos seus jurídicos e legais fundamentos.

O voto do Des. Revisor, por sua vez, destacou que (fls. 300/302):

Na primeira fase da dosimetria, o magistrado fixou a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão, considerando desfavoráveis ao réu quatro circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal: os antecedentes criminais, a culpabilidade, a conduta social e a motivação. Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, foi levada em consideração a quantidade da droga.

De fato, vê-se que, embora o juiz tenha avaliado de forma desfavorável ao réu a culpabilidade, limitou-se a fazer referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação quanto à circunstância judicial.

O mesmo se diga em relação ao motivo do delito, pois as justificativas apresentadas não se prestam para o agravamento da pena-base. Conforme ensina o STJ, no crime de tráfico: "Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de elementares do tipo para considerar desfavoráveis ao paciente as conseqüências do delito, que seriam graves à saúde pública, e o motivo do crime, consistente na obtenção do lucro fácil" (STJ, HC 297.450/RS, 5ªT).

Portanto, na primeira etapa da dosimetria, devem ser afastadas as valorações negativas referentes à culpabilidade e à motivação, remanescendo desfavoráveis: os antecedentes criminais, face à condenação com trânsito em julgado nos autos do processo-crime nº 0046521.45.2006.8.17.0001; a conduta social, pois condenado com trânsito em julgado também na ação penal nº 0026084-56.2001.8.17.0001; e a grande quantidade da droga (quarenta e nove pedras de "crack").

Não se vislumbra, assim, razão para o redimensionamento da pena-base fixada na sentença, pelo que, a nosso ver, deve ser mantido o quantum de 09 (nove) anos de reclusão, o qual, diante de uma pena abstrata de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, não nos parece exagerado, sendo certo, inclusive, que, como não há critério matemático estabelecido na lei, a fixação da pena-base fica ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prudente arbítrio do juiz. Neste sentido: (...)

Já na segunda etapa da dosimetria, o juiz de piso reconheceu a incidência da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP (confissão espontânea), diminuindo a pena em 06 (seis) meses. Assim, na sentença, a pena passou a ser de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

De fato, andou bem o magistrado ao reconhecer a atenuante da confissão e ao arbitrá-la em 06 (seis) meses de diminuição. De tal modo, tem-se por suficiente a redução da pena-base, passando o quantum a 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

No que se refere à terceira fase do processo dosimétrico, não se observam quaisquer causas de aumento ou de diminuição de pena.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, 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.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, infere-se que a pena-base afastou-se em 3 anos e 6 meses do mínimo legal com lastro na valoração desfavorável da culpabilidade, conduta social, antecedentes, motivos do crime e quantidade/nocividade da droga apreendida.

A Corte local, ao julgar o apelo defensivo, afastou a valoração desfavorável da culpabilidade e dos motivos do crime, mas manteve a pena-base aplicada pelo sentenciante, por entender que os maus antecedentes e a quantidade/nocividade da droga apreendida, os quais também foram valorados pelo sentenciante, justificavam a sanção estabelecida, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atendidos os critérios de proporcionalidade, considerando-se a variação entre as penas mínima e máxima previstas para o tipo penal violado.

Ora, sabe-se que, ao assim agir, o Tribunal local submeteu o paciente a constrangimento ilegal sanável, *ex officio*, através da presente via, pois, ao excluir dois vetores desfavoráveis, o acórdão recorrido deveria ter reduzido proporcionalmente o *quantum* de pena arbitrado pelo sentenciante, consoante vem decidindo a jurisprudência desta Corte, que destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. AFASTAMENTO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS SEM REFLEXO NA PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. AUMENTO JUSTIFICADO. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. MODO FECHADO. PENA DE MULTA. INADEQUAÇÃO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

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

4. Hipótese em que o Tribunal de origem, na análise de apelo exclusivo da defesa, desconsiderou a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais operada em primeiro grau (maus antecedentes e motivos do delito), sem qualquer reflexo na pena-base do paciente, o que configura manifesta ilegalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Precedente.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases impostas ao paciente pelos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico e, por conseguinte, fixar a reprimenda definitiva em 22 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, com redução das penas de multa na mesma proporção. (...) (HC 338.182/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

AFASTAMENTO, PELO TRIBUNAL A QUO, DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS NEGATIVAS NO ÉDITO CONDENATÓRIO. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO VALORADAS NEGATIVAMENTE. MESMO FUNDAMENTO. BIS IN IDEM. CONFIGURAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Configura indevido bis in idem a utilização, na primeira fase da dosimetria da pena, dos mesmos elementos para fundamentar a avaliação negativa de circunstâncias judiciais distintas.

2. O Tribunal estadual, no julgamento do apelo defensivo, reduziu de 5 (cinco) para 3 (três) o número de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, sem, no entanto, diminuir o quantum de pena arbitrado pelo Togado sentenciante. Necessidade de readequação da reprimenda.

3. Agravo a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP, para fixar a sanção privativa de liberdade em 14 (quatorze) anos de reclusão, mantidos os demais termos do aresto recorrido. (AgRg no AREsp 877.187/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 19/10/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS SEM REFLEXO NA PENA-BASE. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal de origem conhecer e rever os fundamentos contidos na sentença condenatória, podendo valer-se de novos argumentos para justificar a exasperação da pena-base, desde que não agrave a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situação do réu. Precedentes.

3. Uma vez afastados os fundamentos que ensejaram a exasperação da pena-base pela culpabilidade, personalidade, circunstâncias e consequências do delito, mister seja a pena-base reduzida proporcionalmente, sob pena de reformatio in pejus.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício apenas para reduzir as penas a 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão e 14 dias-multa. (HC 363.091/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016) - grifei.

Em decorrência, na espécie, remanescendo como desfavorável os antecedentes criminais do acusado, aos quais deve ser emprestado um maior rigor, por serem duas as condenações anteriores e definitivas pelo delito de tráfico, e a quantidade/nocividade da droga apreendida - *49 pedras de crack, pesando 25,650 gramas*, entendo que deve a pena-base afastar-se em 1/3 acima do mínimo legal.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA E PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. PROPORCIONALIDADE. PENA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação da pena do crime 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.

- No caso, observa-se que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com lastro na presença de maus antecedentes e na quantidade e nocividade da droga apreendida, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e ao art. 59 do CP. Precedentes.

- Em respeito à discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada - 6 anos e 8 meses de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 5 a 15 anos de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 384.925/SC, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017) - grifei.

A defesa sustenta, ainda, que a redução de 6 meses, pela atenuante da confissão, encontra-se desprovida de qualquer fundamentação.

Nesse ponto, 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 tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada.

No caso, a redução da pena-base em 6 meses, pela atenuante da confissão, foi menor que a fração comumente usada de 1/6 e sem a apresentação de qualquer fundamentação. Além disso, a redução foi desproporcional se comparada ao aumento da pena-base, o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 121, § 2º, I, E ART. 121, § 2º, I E IV, C/C ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. POSSIBILIDADE. PENA REDUZIDA, NA SEGUNDA FASE, EM 1 ANO, SEM GUARDAR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROPORCIONALIDADE COM O AUMENTO DECORRENTE DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS DO PACIENTE.

(...)

2. A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada.

3. No caso, a redução da pena-base em 1 ano perpetrada na sentença, ante a atenuante da menoridade, foi menor que a fração comumente usada de 1/6, além de ser desproporcional ao aumento da pena-base (estabelecida 4 anos acima do mínimo legal), o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte Superior.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir a pena, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/6, aplicando-se ao paciente a pena definitiva de 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão. (HC 329.561/RJ, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam à redução em 3 meses, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da atenuante da menoridade relativa do réu - valor desproporcional em relação ao aumento da pena-base, pela incidência de uma circunstância judicial considerada negativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

-, sem indicar fundamentação concreta.

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto. (HC 228.310/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016) - grifei.

Com essas considerações, fixo a pena-base em 1/3 acima do mínimo legal, qual seja, em 6 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 666 dias-multa. Na segunda fase, reduzo a pena em 1/6, pela atenuante da confissão, alcançando o patamar de **5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 554 dias-multa**, montante que torno definitivo, pois ausentes causas modificativas a serem consideradas.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, mesmo com a redução da pena para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, entendo que o regime inicial fechado deve ser mantido, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a quantidade/natureza da droga apreendida e os maus antecedentes.

Assim, embora o montante da pena comporte, a princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal demonstra a necessidade do regime mais gravoso, ante a gravidade concreta do delito, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

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

3. Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), não se mostra desproporcional o aumento da reprimenda inicial em um ano e três meses de reclusão acima do mínimo legal com fundamento na diversidade e na quantidade de droga apreendida (160 pinos de cocaína e 3 sacolés de maconha), sobretudo quando tais circunstâncias foram legalmente elencadas como preponderantes.

4. Fixada a pena definitiva em 5 anos, 2 meses e 15 dias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus não conhecido. (HC 378.793/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017) - grifei.*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para reduzir as penas para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 554 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: 2017/0016018-6

HC 386.418 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00137625020148170000 0018189582012 03647163 137625020148170000 18189582012
181895820128170001 3647163 4064413

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	: JOSÉ ANDRÉ DE ALMEIDA
CORRÉU	: RENATA SANTOS GOMES DA SILVA

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.