



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.842 - ES (2011/0270727-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : DEUCIDÉRIO CARLOS FERREIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Juízo de primeiro grau apresentou fundamentação abstrata para justificar a fixação da pena acima do mínimo legal. A aplicação da pena não pode ser estabelecida com fulcro em referências vagas, genéricas e em dados não explicitados, sendo defeso ao magistrado apontar como desfavoráveis circunstâncias judiciais, sem, todavia, apresentar justificativa idônea.

3. A valoração da quantidade e espécie da droga tanto na fixação da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*. Ajuste da sanção ao posicionamento da Suprema Corte.

4. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, à míngua do preenchimento dos requisitos do art. 44, III, do Código Penal. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena aplicada ao paciente, fixando-a em 3 anos e 4 meses de reclusão, e 333 dias-multa, mantido o regime prisional.



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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de novembro de 2014 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.842 - ES (2011/0270727-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DEUCIDÉRIO CARLOS FERREIRA – condenado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa – contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Irresignado com a sentença, o réu interpôs apelação com as seguintes alegações: o fato imputado deveria ser desclassificado para subsunção ao art. 28, da Lei n. 11.343/2006; a dosimetria se deu de forma injustificada para fixar a pena acima do mínimo legal; ausência de fundamentação para a não aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo; que faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e ao regime de cumprimento de pena diverso do fechado.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, o impetrante pleiteia: a fixação da pena-base no mínimo legal; a redução da pena ao grau máximo – 2/3, de acordo com o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; regime de cumprimento de pena diverso do fechado; e substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar às fls. 159/161.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem às fls. 207/211.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.842 - ES (2011/0270727-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

No caso em tela, o impetrante aduz ausência de fundamentação idônea a possibilitar o aumento da pena-base. O juiz sentenciante assim fundamentou a aplicação da pena-base acima do mínimo legal (fl. 60):

A culpabilidade foi intensa, sendo o grau de reprovabilidade elevado; antecedentes sem registro de condenação anterior; conduta social compatível com o meio em que vive; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade; os motivos do crime são injustificáveis; as circunstâncias não favorecem; as consequências do ilícito são próprias do tipo; a vítima, sendo a sociedade, em nada contribuiu para o crime; e a condição econômica do réu não é boa.

Considerando tais circunstâncias judiciais, bem como a natureza e a quantidade da droga, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 500 (quinhentos dias de multa).

Do trecho transcrito, exsurge que foram valoradas de forma negativa as circunstâncias judiciais da culpabilidade, do motivo e das circunstâncias do crime. Expor tão somente que a culpabilidade foi intensa, os motivos injustificáveis e as circunstâncias desfavoráveis não configura fundamentação idônea a aumentar a pena-base acima do mínimo legal, pois a aplicação da pena não pode ser estabelecida com fulcro em referências vagas, genéricas e em dados não explicitados, sendo defeso ao magistrado apontar como desfavoráveis as circunstâncias judiciais, sem, todavia, apresentar a motivação devida.

Não foi apresentada qualquer fundamentação concreta que justificasse a exasperação da reprimenda, portanto a pena-base deve ser restabelecida ao mínimo legal, qual seja 5 (cinco) anos.

Esta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser legítima a exasperação da pena com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42, DA LEI DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. No caso, o Paciente foi preso em flagrante e posteriormente condenado pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque, "no dia 15 de março de 2013, tinha em depósito, para entrega a consumo ou para fornecimento a terceiros, ainda que gratuitamente, 58 (cinquenta e oito) buchas de cocaína, pesando 24,70g (vinte e quatro gramas e setenta decigramas); 1 (uma) pedra de cocaína, processadas na forma de crack, pesando 25,20g (vinte e cinco gramas com vinte decigramas) e 1 (um) tijolo de Cannabis sativa, vulgarmente conhecida por maconha, pesando 41,30g (quarenta e um gramas com trinta decigramas)".

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga.

3. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão dos entorpecentes comercializados, "dentre elas o crack, uma droga que causa maior danosidade social, e por conta disso, justifica um apenamento maior".

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 295.083/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014) – Grifos acrescidos.

Extraí-se dos autos que o paciente foi apreendido em sua suposta residência com 17 papérolas de cocaína, pesando ao todo 10,8g, e 19 pedras de crack, pesando ao todo 4,9g.

Essas circunstâncias, conforme se verifica da sentença condenatória e do acórdão da apelação, foram consideradas na primeira etapa da dosimetria da pena, servindo posteriormente de alicerce para justificar a não incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo.

No julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a valoração sobre a quantidade e natureza da substância entorpecente, tanto na fixação da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, caracteriza *bis in idem*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETORES UTILIZADOS TANTO PARA A ESCOLHA DA PENA-BASE QUANTO PARA A FIXAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA. *BIS IN IDEM*.

1. Extraí-se dos autos que a quantidade e a qualidade da droga apreendida foram utilizadas como parâmetros tanto para fixar a pena-base acima do mínimo legal quanto para aplicar o redutor do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 no menor patamar legal.

2. No ponto, vale registrar que esta Corte Superior passou a se alinhar ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a utilização da quantidade e do tipo da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da referida causa de diminuição caracteriza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bis in idem.

3. Impõe-se, pois, a reforma da decisão agravada no particular, redimensionando-se as penas para afastar a dupla valoração.

[...]

(AgRg no REsp 1349247/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 17/09/2014)

Diante desse contexto, merece reforma o julgado atacado, de modo que a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos sejam valorados somente em uma das fases da dosimetria, em obediência ao princípio da individualização da pena.

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), dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Com a redução da pena-base ao mínimo legal, sem a valoração da quantidade e natureza da substância entorpecente na primeira fase da dosimetria, não há mais que se falar em *bis in idem*. Mantenho, portanto, a causa de diminuição de pena na fração de 1/3, em consideração à natureza (cocaína e crack) e quantidade das drogas apreendidas, conforme expresso na sentença e ratificado pelo Tribunal *a quo*. Assim, torno definitiva a pena em 3 (anos) e 4 (meses) de reclusão e em 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Atinente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

O Tribunal de origem, por maioria de votos, manteve o regime inicialmente fechado e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, sob os seguintes fundamentos:

Com efeito, o apelante foi flagrado, após delação anônima, num imóvel residencial onde não havia quase nenhum móvel, numa clara demonstração de que a casa era usada especificamente para o tráfico de drogas, e não para habitação. Desse modo, apesar do *quantum* da pena (não superior a 4 anos), a primariedade e os bons antecedentes, ante as evidências de que fazia do narcotráfico o seu meio de vida, o apelante não faz jus a regime inicial de pena diverso do fechado, nem tampouco à substituição da privação de liberdade por simples medidas restritivas de direito, com fulcro nos artigos 33, § 3º, e 44, inciso III, do Código Penal, sob o risco de estimular a prática de tão perniciosa atividade criminosa, comprometendo a dupla finalidade preventiva e repressiva da sanção penal.

Tal entendimento conta com o beneplácito desta Corte de Justiça, conforme se infere do julgado abaixo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIVERSIDADE E RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 5. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos, diga-se, 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, considerando a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas - 20 invólucros de maconha, pesando 44,60g e 10 pinos de cocaína totalizando 9,0g -, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 275.298/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014). Grifos acrescidos.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente, fixando-a em 3 anos e 4 meses de reclusão, e 333 dias-multa, mantido o regime prisional.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0270727-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.842 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1932010 24100060227

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : DEUCIDÉRIO CARLOS FERREIRA (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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.