



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.320 - RS (2014/0271692-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GABRIEL ECKSTEIN DE OLIVEIRA
PACIENTE : MICHEL ARAUJO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÕES VAGAS. FUNDAMENTO INVÁLIDO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A valoração negativa sobre as consequências do delito, com base em argumentos vagos e inerentes ao próprio tipo penal, não serve para majorar a pena-base. Precedentes.
3. A reprimenda inicial deve ser mantida acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão, diante da consideração desfavorável das circunstâncias do delito, na medida em que ressaltada a natureza, a variada e a expressiva quantidade de droga apreendida (497g de *crack*, 297g de cocaína e 41g de maconha), sobretudo quando tais dados foram elencados como preponderantes, a teor do disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.
4. Embora os pacientes sejam primários e as penas tenham sido redimensionadas para 8 (oito) anos de reclusão, neste *writ*, o regime inicial mais gravoso (fechado) permanece inalterado, tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias judiciais (art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei de Drogas).
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer a pena definitiva dos pacientes em 8 (oito) anos de reclusão mais 400 (quatrocentos) dias-multa.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.320 - RS (2014/0271692-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : GABRIEL ECKSTEIN DE OLIVEIRA

PACIENTE : MICHEL ARAUJO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **GABRIEL ECKSTEIN DE OLIVEIRA** e **MICHEL ARAUJO**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, negado o recurso em liberdade.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento aos reclamos.

Nesta Corte, a impetrante sustenta manifesto constrangimento ilegal, sob o argumento de que não há justificativa idônea para a fixação da pena-base em 3 (três) anos acima do mínimo legal. Aduz que a natureza e quantidade de droga, por serem inerentes ao tipo penal do crime de tráfico de entorpecentes, não poderiam ser sopesadas para elevar a sanção básica, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Requer, assim, a concessão da ordem a fim de que seja redimensionada a pena-base, aplicando-a no mínimo legalmente previsto ou no mais próximo deste.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 282-285).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 294-307), manifestou-se o Ministério Público Federal pela negativa de seguimento do *habeas corpus* (e-STJ, fl. 313.)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.320 - RS (2014/0271692-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : GABRIEL ECKSTEIN DE OLIVEIRA

PACIENTE : MICHEL ARAUJO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÕES VAGAS. FUNDAMENTO INVÁLIDO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A valoração negativa sobre as consequências do delito, com base em argumentos vagos e inerentes ao próprio tipo penal, não serve para majorar a pena-base. Precedentes.

3. A reprimenda inicial deve ser mantida acima do mínimo legal, em dois anos de reclusão, diante da consideração desfavorável das circunstâncias do delito, na medida em que ressaltada a natureza, a variada e a expressiva quantidade de droga apreendida (497g de *crack*, 297g de cocaína e 41g de maconha), sobretudo quando tais dados foram elencados como preponderantes, a teor do disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

4. Embora os pacientes sejam primários e as penas tenham sido redimensionadas para 8 (oito) anos de reclusão, neste *writ*, o regime inicial mais gravoso (fechado) permanece inalterado, tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias judiciais (art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer a pena definitiva dos pacientes em 8 (oito) anos de reclusão mais 400 (quatrocentos) dias-multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. O Juiz sentenciante, ao realizar a dosimetria da pena dos pacientes, assim consignou:

"Os réus são reincidentes e essa circunstância será considerada oportunamente, pois configura agravante. De resto, são plenamente culpáveis com consciência da ilicitude de sua conduta, sendo exigível que tivessem comportamento diverso, pois tem condições de obter sua sobrevivência por meios lícitos, da conduta social e personalidade nada veio de concreto aos autos. E a motivação no tráfico é econômica, pois é um comércio ilícito que visa o lucro. As consequências são imensuráveis, já que nunca se sabe a repercussão exata da traficância. **Mas as circunstâncias no caso concreto são bastantes graves, primeiro, verifica-se que há três modalidades de entorpecentes apreendidos com destinação ao comércio dada a sua evidente quantidade expressiva.** Além disso, a quantidade em si de entorpecente deve ser considerada nessa fase da aplicação da pena, como, aliás, prevê o artigo 42 da Lei de Tóxicos que manda que se dê especial preponderância com relação à análise da natureza e da quantidade da substância traficada. No caso, dentre os entorpecentes apreendidos está o *crack*, que é uma substância de enorme potencial lesivo, que causa grandes danos físicos aos usuários e sociais, sendo que a comunidade se encontra ferida de morte pela epidemia do *crack* e, por conta disso, o tráfico de *crack* deve ser apenado mais fortemente do que de outras substâncias ilícitas. **Por isso tenho dosado ao apenamento básico, não havendo outras circunstâncias negativas, em sete anos, quando há tráfico de *crack*, em seis quando há tráfico de cocaína e cinco quando o tráfico é só de maconha.** No caso, havia as três modalidades de entorpecentes e ainda em grande quantidade, além do que, essa grande quantidade e as circunstâncias da prisão indicam que os réus não se tratavam de vendedores finais ao consumidor, ou seja, ocupavam uma posição mais importante na cadeia do tráfico, o que também justifica um apenamento mais severo, por isso, fixo a pena-base para ambos em **oito anos de reclusão.** Os réus são reincidentes e de forma proporcional entendo de elevar as suas penas em um ano de reclusão no apenamento provisório. Ficando as penas assim em nove anos de reclusão. Não existem majorante e nem minorantes a considerar, salientando-se que pela reincidência não fazem jus a privilegiadora." (e-STJ, fl. 211, grifou-se.)

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve integralmente a condenação firmada em primeira instância e, ao examinar a dosimetria penal então formulada, assim concluiu:

"Sinalizo, inicialmente, que entendo merecer ser alterada a pena aplicada na origem quando as causas modificativas não forem arrazoadas, proporcionais ou contrariarem disposição legal ou preceito constitucional (informativo 702 do STF). De fato, o tipo pelo qual os réus foram condenados possui largas balizas (entre 5 e 15 anos de reclusão), o que leva a um espaço mais amplo para a discricionariedade judicial. No presente, os réus tiveram a pena aumentada na pena-base em 3 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, tendo sido apontadas como negativas as conseqüências, circunstâncias em sentido estrito, quantidade e natureza das drogas. Efetivamente, pode-se verificar a existência de vetores negativos, na análise do art. 59 do CP, sobretudo as circunstâncias em sentido estrito e as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/06, que, aliás, preponderam. No ponto específico, observa-se que foi apreendida diversidade de droga e em quantidade elevada, sendo que duas delas - cocaína e *crack*- são de alto potencial lesivo. Em razão disso, por corolário da individualização da pena mantenho o apenamento fixado, vez que bem determinado e justificado." (e-STJ, fls. 269-270.)

De início, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista **apenas** nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Na hipótese, verifica-se que as instâncias antecedentes sopesaram como desfavoráveis as conseqüências e as circunstâncias do delito, na medida em que destacaram que os efeitos do comércio ilícito de entorpecentes "são imensuráveis" e a variada e expressiva quantidade de droga apreendida indicam que os pacientes "ocupavam uma posição mais importante na cadeia do tráfico" (497g de *crack*, 297g de cocaína e 41g de maconha), o que implicou a majoração da pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Em que pese a existência de certo grau de discricionariedade no cálculo da pena, verifica-se que, **ressalvada a consideração desfavorável das circunstâncias do crime**, a decisão impugnada carece de motivação válida, pois o julgador deixou de indicar elementos concretos dos autos pelo qual entendeu serem reprováveis as conseqüências do delito em manifesto desacordo com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

A jurisprudência desta Corte é uníssona quando afirma que o aumento da pena-base deve estar apoiado em fundamentos objetivos e concretos, extraídos dos autos, sendo inidôneas, portanto, meras alegações genéricas, vagas ou inerentes ao próprio tipo penal.

Nesse sentido:

"IV - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e no caso de se tratar de flagrante ilegalidade (precedentes).

V - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados."

(HC 324.644/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 10/12/2015.)

"[...] 4. Não foram arrolados dados concretos a justificar o recrudesimento da reprimenda em razão das circunstâncias judiciais referentes à personalidade, aos motivos e às conseqüências do crime, haja vista que o Magistrado de primeiro grau teceu apenas considerações vagas e genéricas, baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal em testilha, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada."

(HC 320.871/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015.)

Desse modo, afastada a valoração desfavorável das consequências do crime e sendo idônea a aferição negativa da natureza, da variada e da expressiva quantidade de droga apreendida, a pena-base deve ser deslocada 2 (dois) anos acima do mínimo legal, uma vez que tais circunstâncias foram elencadas como preponderantes, a teor do disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

"4. O Tribunal de origem, com base na quantidade e na natureza da droga encontrada em poder do agravante (452,862 kg de maconha e 1 kg de cocaína), bem como nas circunstâncias do crime (concurso de agentes) exasperou a pena-base do crime de tráfico em 2 (dois) anos, o que não se mostra desproporcional, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador."

(AgRg no AREsp 784.321/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Na segunda fase, aumento a reprimenda básica em um ano de reclusão, para ambos os pacientes, nos termos do acórdão impugnado, em razão da agravante da reincidência. Na falta de outras circunstâncias para alterar o *quantum* da pena, torno-a definitiva em 8 anos de reclusão mais 400 (quatrocentos) dias-multa.

O regime inicial fechado permanece inalterado uma vez que a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que justificaram o aumento da pena-base, autoriza a fixação do modo inicial mais severo de cumprimento da pena, nos termos do art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

A esse respeito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo** a ordem, de ofício, para redimensionar a pena dos pacientes, tornando-as definitivas em 8 (oito) anos de reclusão mais 400 (quatrocentos) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0271692-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 307.320 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121300357787 121300357787 70057605180

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: GABRIEL ECKSTEIN DE OLIVEIRA
PACIENTE	: MICHEL ARAUJO

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.