



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.531 - RS (2013/0128505-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **VALERIO ALVES NUNES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **ADRIANA CARVALHO FEIJO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS (LUCRO FÁCIL), CONSEQUÊNCIAS (RISCOS À SOCIEDADE) E DIVERSIDADE DAS DROGAS. MANTIDO O FUNDAMENTO APENAS REFERENTE À DIVERSIDADE DAS DROGAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, PELO TRIBUNAL LOCAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.
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. Em relação aos motivos e consequências do delito, observo que esses fundamentos não são idôneos. Isso porque *lucro fácil e riscos à sociedade* são circunstâncias inerentes ao próprio tipo do tráfico, portanto, não podendo ser utilizados para exasperar a pena-base.
4. No que tange às circunstâncias - variedade da droga apreendida - observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto, uma vez que esse argumento é válido para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assenta justamente a preponderância da quantidade/nocividade da droga como circunstância judicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O Tribunal local incorreu em *reformatio in pejus*, ao afastar a causa especial de diminuição da pena do tráfico sem que houvesse esse pedido no recurso de apelação do Ministério Público.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a *reformatio in pejus* e redimensionar a pena da 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), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.531 - RS (2013/0128505-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

IMPETRANTE : VALERIO ALVES NUNES

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

PACIENTE : ADRIANA CARVALHO FEIJO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ADRIANA CARVALHO FEIJO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70038315164).

Consta dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime fechado.

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para condenar a paciente também pelo crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, fixando a pena total em 9 anos de reclusão, em regime fechado, nos seguintes termos (fls. 7/25):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.

1. CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. A especial gravidade do crime de tráfico ilícito de drogas, está reconhecida pela própria Constituição Federal (art. 5º, inciso XLIII, da CF). A incriminação do mero perigo abstrato ao bem jurídico saúde pública encontra sua legitimação na exigência da prevenção da lesão ou colocação em perigo do bem, desde que se trate de bens jurídicos tutelados de elevada categoria e considerados indispensáveis para a sobrevivência social e haja uma adequada tipificação legislativa da conduta que atenda aos princípios da legalidade e proporcionalidade. Crime que atende ao mencionados requisitos de técnica legislativa, tendo em vista a necessária proteção da saúde pública, bem como os notórios malefícios sociais que o tráfico de drogas acarreta.

2. MATERIALIDADE E AUTORIA. 2.1. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Materialidade e autoria devidamente demonstrada através da prova testemunhai produzida ao longo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução. 2.2. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. O delito descrito no artigo 35 da Lei Antidrogas se constitui em tipo autônomo com relação ao do artigo 33, sendo possível a aplicação da regra do concurso material. Caso concreto em que restou demonstrado que o vínculo dos acusados possuiria um caráter permanente.

3. DOSIMETRIA DA PENA. 3.1. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Pena definitivizada no mínimo legal (três anos de reclusão). 3.2. INAPLICABILIDADE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. Condenados os acusados pelo artigo 35, da Lei nº 11.343/06, tem-se, por consequência lógica, a inviabilidade do reconhecimento da causa especial de redução de pena do § 4º do art 33 da referida lei, o que induz à elevação da pena definitivizada na origem. 3.2. AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. INVIABILIDADE. Impossível o afastamento da sanção pecuniária cumulativa, visto que de cominação obrigatória determinada pelo dispositivo legal em que os réus restaram incurso. Por outro lado, a situação econômica dos réus deverá ser apurada pelo juízo da execução. Não há que se falar em ofensa ao princípio da pessoalidade da pena com a imposição da multa, pois executada somente contra o patrimônio dos apelantes e tendo em vista que esse princípio constitucional não abrange os desdobramentos sociais da pena. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL E, À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E, DE OFÍCIO, REDUZIRAM A PENA PECUNIÁRIA IMPOSTA AOS ACUSADOS PELO COMETIMENTO DO TIPO DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06.

No presente writ, a impetrante alega que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal tendo em vista a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento inidôneo. Sustenta que *considerar a variedade e quantidade da droga apreendida em poder do companheiro da paciente, 9,2g de crack e 0,4g de cocaína parece exagerado para réus primários e sem antecedentes* (fl. 3).

Insurge-se, ainda, contra o afastamento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto o Tribunal local afastou sem que houvesse pedido ministerial, incorrendo, assim, em indevido *reformatio in pejus*.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a redução da pena-base e o reconhecimento da *reformatio in pejus*, restabelecendo a redutora aplicada pelo juiz de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido às fls. 66/67.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 74/81, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.531 - RS (2013/0128505-2)

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 e no afastamento, de ofício, da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pelo Tribunal local.

De início, cabe mencionar que, embora a impetrante não tenha interposto apelação no Tribunal local, a matéria referente a exasperação da pena-base no crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico foi analisada pelo Tribunal quando da interposição do recurso pelo outro corréu, nos seguintes termos:

19. Por outro lado, insurge-se a defesa quanto à exasperação da pena-base de 06 (seis) anos de reclusão fixada em desfavor do acusado DANIEL

Inicialmente, convém mencionar que houve a devida fundamentação com relação ao quantum condenatório. Com efeito, o magistrado a quo fê-lo adequadamente às fls. 209/210, explicitando como principais causas para a exasperação da pena os motivos do agente (lucro fácil), as circunstâncias (pela variedade de drogas apreendidas) e as consequências do delito (pelos riscos à sociedade).

Estes elementos, a meu ver, se mostram suficientes a justificar a exasperação da pena em 01 (ano), chegando ao total de 06 (seis).

Dessa forma, sendo comuns e objetivas do crime as circunstâncias sopesadas, não há óbice para análise do tema por esta Corte Superior.

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.

No caso dos autos, conforme a transcrição do acórdão recorrido acima, verifica-se que a pena-base se afastou do mínimo legal tendo em vista os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito.

Em relação aos motivos e consequências do delito, observo que esses fundamentos não são idôneos. Isso porque *lucro fácil e riscos à sociedade* são circunstâncias inerentes ao próprio tipo do tráfico, portanto, não podendo ser utilizados para exasperar a pena-base. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTO CONCRETO E IDÔNEO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A valoração desfavorável de circunstâncias judiciais deve ser fundamentada em atenção às peculiaridades do caso concreto, e não a elementos inerentes ao próprio tipo penal.

2. A busca pelo lucro fácil e o grau de disseminação da droga, desvinculados de qualquer peculiaridade que evidencie maior reprovabilidade dessas circunstâncias no caso concreto, não extrapolam a nocividade prevista no elemento descrito no preceito primário e, por isso, não enseja o aumento da pena na primeira fase do cálculo da reprimenda do crime descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. A elevada quantidade de drogas apreendidas - aproximadamente 99, 530 kg de maconha - justifica o aumento da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

(...)

(HC 213.983/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6.368/76. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. SÚMULA 284/STF. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

(...)

4. A possibilidade de evitar a conduta típica identifica-se com o conceito de exigibilidade de conduta adversa, elemento integrante da culpabilidade, que não pode ser avaliado negativamente na dosimetria (REsp 1197732/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 04/08/2014).

5. As consequências nefastas, vitimando toda sociedade, mormente o jovens da sua convivência, por serem ínsitas ao delito de tráfico de entorpecentes, não podem ser consideradas para o agravamento da pena-base.

(...)

(REsp 1135435/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016)

No que tange as circunstâncias do delito - variedade da droga apreendida -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observa-se que inexiste constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto, uma vez que esse argumento é válido para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assenta justamente a preponderância da quantidade/nocividade da droga como circunstância judicial. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENNA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.

3. No caso, a pena-base foi exasperada em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, bem como nas circunstâncias do crime. A justificativa se mostra idônea para o aumento realizado.

4. Em relação ao argumento de desproporcionalidade, como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.907/MG, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

Dessa forma, restando apenas uma circunstância judicial a ser considerada negativa, de rigor a redução da pena-base para o patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão.

Prosseguindo, passo a analisar a insurgência sobre a ocorrência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformatio in pejus, sob alegação de que o Tribunal local afastou, de ofício, a causa especial de redução da pena no crime de tráfico, prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas.

No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal local, ao analisar os recursos interpostos pelo Ministério Público e pela defesa do outro corréu, deu provimento ao recurso ministerial para condenar os réus também pelo delito de associação para o tráfico, afastando, de ofício, a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, nos seguintes termos (fls. 3/20/22):

2. Em razões de apelo (fls. 228/235), o MINISTÉRIO PÚBLICO alega que o crime do artigo 35 é autônomo com relação ao tipo do artigo 33, sendo possível o concurso material entre ambos. Alega que os réus, conforme posto nos autos, formavam uma verdadeira empresa criminosa. Repisa que o tipo do artigo 35 não tem caráter subsidiário com relação ao artigo 33, podendo ser aplicado caso não demonstrado o último. Ressalta que não se trata de mero concurso de agentes, mas sim de duas pessoas associadas entre si para a prática de tráfico de drogas. Assim, pede seja dado provimento ao apelo, para que sejam os acusados condenados pelo crime de associação para o tráfico.

(...)

Portanto, tenho que deve ser dado provimento ao apelo ministerial no ponto, de forma a também reconhecer os acusados como incurso no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, em concurso material com o tipo do artigo 33 da referida norma.

Passo, assim, à dosimetria da pena.

(...)

20. No mais, sem agravantes ou minorantes, verifico que deve ser afastada a redução, na terceira fase, em 1/6 da pena do acusado, por força do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

*Com efeito, **embora seu afastamento não tenha sido expressamente pedido pela acusação**, denota-se que uma das conseqüências lógicas do reconhecimento da associação é, inegavelmente, a sua não-aplicabilidade ao caso em espécie, porque demonstrada a vinculação entre os acusados para a prática reiterada do crime de tráfico de drogas.*

Conforme se observa das transcrições acima, verifica-se que o pedido do Ministério Público se restringia à condenação dos acusados também pelo crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, não tendo se insurgido sobre a aplicação da redutora prevista no art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, da Lei n. 11.343/2006 pelo juiz de primeiro grau. Contudo, o Tribunal local deu provimento ao recurso ministerial para condenar os acusados pelo crime de associação para o tráfico, bem como para, de ofício, afastar a causa especial de diminuição da pena.

Embora o entendimento desta Corte Superior seja no sentido de que *não se aplica a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes* (HC 305.553/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 4/11/2014, DJe 14/11/2014).

Dessa forma, está nítida a ocorrência de *reformatio in pejus*, haja vista a ausência de pedido nas razões de apelação do Ministério Público pelo afastamento da redutora do tráfico. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. SENTENÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA DE PRISÃO. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Incorreu o Tribunal de Justiça local em reformatio in pejus, ao determinar o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, haja vista a ausência de recurso de apelação do Ministério Público relativamente ao benefício do art. 44 do Código Penal, concedido na sentença.

2. O acórdão que julgou a apelação da defesa foi registrado no dia 16/12/2016 e o feito encontra-se pendente do julgamento dos embargos declaratórios opostos, de modo que, também por esse motivo, deve ser cassada a determinação de prisão do paciente.

3. Ordem concedida, a fim de que seja restabelecida a sentença na parte em que substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(HC 383.574/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

Dito isso, restabeleço a redutora aplicada pelo juiz e passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, reduzo a pena-base para 5 anos e 4 meses de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

533 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, restabeleço a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas aplicada na fração de 1/6, ficando a pena final arbitrada em 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 444 dias-multa.

Em razão do concurso material com o crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2003, que teve a sanção fixada em 3 anos de reclusão e 500 dias-multa, deve ser realizada a soma das penas, resultando em 7 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 944 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, não conheço o *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reconhecer a ocorrência da *reformatio in pejus* e redimensionar a pena final da paciente para **7 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 944 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: 2013/0128505-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.531 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00339124520098210023 02320900033910 2320900033910 70038315164 70044349256

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: VALERIO ALVES NUNES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ADRIANA CARVALHO FEIJO (PRESO)
CORRÉU	: DANIEL DE OLIVEIRA PORCIUNCULA

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.