



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.150 - ES (2017/0157358-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARIA CANDIDA GONCALVES LIMA FILHA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto embora a empreitada criminosa tenha envolvido variedade de substâncias de alto potencial lesivo – 2,5 g de *crack* e 1,2 g de cocaína –, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

3. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/3, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo possível a aplicação da minorante na fração máxima.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

5. Ordem concedida a fim de reduzir a pena da paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de agosto de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.150 - ES (2017/0157358-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARIA CANDIDA GONCALVES LIMA FILHA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de MARIA CANDIDA GONCALVES LIMA FILHA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação n.º 0001690-10.2015.8.08.0012).

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e 790 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Passo à dosimetria, conforme os artigos 59 e 68 do Código Penal.

A culpabilidade como grau de censura da ação da acusada, deve elevar a reprimenda, eis que a mesma estava empenhada no comércio de entorpecentes;

Os antecedentes criminais são imaculados, conforme informativo de fl. 70, não havendo outro registro criminal além do presente feito;

A conduta social, que abrange o comportamento da ré em grupo, não pode ser aferida em razão da ausência de documentos para tanto;

A personalidade da agente não pode ser valorada em razão da ausência de capacidade técnica deste julgador, eis que a mesma necessita de uma avaliação mais detida e apropriada de toda a vida da acusada, a começar pela infância;

Os motivos do crime, esclarecidos na ocasião do interrogatório judicial (fls. 131/132), não justificam a prática do crime, uma vez que a ré é totalmente capacitada ao trabalho lícito, pois não possui qualquer deficiência física, portanto deve elevar a reprimenda;

As circunstâncias do crime não são de modo a favorecê-la (art. 42 da Lei nº 11.343/06);

As consequências do crime são evidentes, em função dos danos causados a um grande número de pessoas, que se tornam vítimas do tráfico e acabam aumentando as estatísticas dos crimes para manter o vício;

O comportamento da vítima não contribuiu para a prática do crime, contudo não poder agravar a pena, já que a vítima é a sociedade.

A pena em abstrato para o delito tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, é de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 790 (setecentos e noventa) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Milita em favor da acusada as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, previstas no art. 65, incisos I e III, alínea "d", do CP, razão pela qual atenuo a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) meses (sendo 03 meses para a menoridade relativa e 02 meses para a confissão espontânea), passando-a para o patamar de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa no valor já fixado.

Não incidem circunstâncias agravantes.

Presente a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que a ré é tecnicamente primária, atenuo a pena privativa de liberdade em 1/3 (um terço), qual seja 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, restando a pena privativa de liberdade fixada em 03 anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa no valor já fixado.

Esclareço que utilizei a fração de 1/3, com base no art. 42 da Lei nº 11.343/06, diante da quantidade e qualidade das drogas apreendidas. Neste sentido: AgRg no AREsp 670919 SP 2015/0044717-9.

Portanto, torno DEFINITIVA a pena privativa de liberdade de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 790 (setecentos e noventa) dias-multa.

O regime inicial para o cumprimento da pena será o ABERTO, conforme artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal (fls. 9/11).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, nos seguintes termos:

Analisando a sentença condenatória, verifico que a pena-base da recorrente para o delito de Tráfico de Drogas foi fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 790 (setecentos e noventa) dias-multa.

Sabe-se que o julgador é livre para julgar e valorar as circunstâncias que tornam peculiar o caso in concreto, porém, deve motivar seu entendimento à luz da legislação de regência, devendo acatar os limites mínimos e máximos estabelecidos, até mesmo por observância ao princípio da legalidade, segurança jurídica e vedação de conduta arbitrária.

Observo que, de fato, o MM. Juiz se equivocou na análise das circunstâncias judiciais da ré, valorando 04 (quatro) delas negativas (culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências) sem a devida fundamentação.

Por outro lado, cabe esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento sobre a possibilidade de revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena pelo Juízo *a quo*, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa.

(...)

Portanto, considerando o disposto no art. 42, da Lei de Drogas, haja vista a variedade e natureza das substâncias entorpecentes, as quais preponderam sobre as demais circunstâncias judiciais, entendo que o *quantum* de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão não dever ser alterado, sendo este necessário para a reprovação e prevenção do injusto.

Adiante, busca a defesa a fixação da fração máxima - 2/3 (dois terços) - na causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, alegando ausência de fundamentação do magistrado "a quo".

Entretanto, de uma simples leitura do "decisum", extrai-se que a fração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1/3 (um terço) foi devidamente justificada em razão da quantidade das drogas apreendidas (fls. 28/29).

No presente *mandamus*, alegam os impetrantes, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal e para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo.

Ponderam que, embora tenham sido apreendidos dois tipos de entorpecentes, a quantidade das substâncias não é expressiva, devendo a pena-base ser reduzida ao mínimo e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 aplicada na fração máxima.

Requer seja reconhecida "a ilegalidade da fundamentação empregada na primeira e na terceira fases de dosimetria da pena, reduzindo-se a pena-base ao mínimo legal e aplicando-se a redução prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo (2/3)" (fl. 5).

Foram prestadas informações às fls. 40/53.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, pela "parcial concessão da ordem de *habeas corpus*, para que a pena seja fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão mais 334 dias multa" (fls. 58/60).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.150 - ES (2017/0157358-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

2. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto embora a empreitada criminosa tenha envolvido variedade de substâncias de alto potencial lesivo – 2,5 g de *crack* e 1,2 g de cocaína –, a quantidade apreendida não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

3. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/3, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo possível a aplicação da minorante na fração máxima.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

5. Ordem concedida a fim de reduzir a pena da paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Insurge-se a presente impetração contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como contra a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar inferior ao máximo.

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que idelologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Coord. Marcellus Polastri Lima *et. al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Para melhor deslinde da questão, cumpre transcrever excerto do aresto guerreado:

Analizando a sentença condenatória, verifico que a pena-base da recorrente para o delito de Tráfico de Drogas foi fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 790 (setecentos e noventa) dias-multa.

Sabe-se que o julgador é livre para julgar e valorar as circunstâncias que tornam peculiar o caso in concreto, porém, deve motivar seu entendimento à luz da legislação de regência, devendo acatar os limites mínimos e máximos estabelecidos, até mesmo por observância ao princípio da legalidade, segurança jurídica e vedação de conduta arbitrária.

Observo que, de fato, o MM. Juiz se equivocou na análise das circunstâncias judiciais da ré, valorando 04 (quatro) delas negativas (culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências) sem a devida fundamentação.

Por outro lado, cabe esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento sobre a possibilidade de revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena pelo Juízo *a quo*, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa.

(...)

Portanto, considerando o disposto no art. 42, da Lei de Drogas, haja vista a variedade e natureza das substâncias entorpecentes, as quais preponderam sobre as demais circunstâncias judiciais, entendo que o *quantum* de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão não dever ser alterado, sendo este necessário para a reprovação e prevenção do injusto.

Adiante, busca a defesa a fixação da fração máxima - 2/3 (dois terços) - na causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, alegando ausência de fundamentação do magistrado "a quo".

Entretanto, de uma simples leitura do "decisum", extrai-se que a fração de 1/3 (um terço) foi devidamente justificada em razão da quantidade das drogas apreendidas (fls. 28/29).

Da leitura dos autos, verifica-se que a pena-base da paciente foi majorada em 1 ano e 3 meses de reclusão em razão da natureza e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas – cocaína e *crack*.

Malgrado seja legítimo invocar a natureza, a quantidade, e a variedade das drogas para incrementar a pena-base, com fulcro no art. 42 da Lei Antidrogas, na espécie, embora a empreitada criminosa tenha envolvido duas substâncias de alto potencial lesivo, a quantidade apreendida – 2,5 g de *crack* e 1,2 g de cocaína (fl. 33) – não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar tamanha exasperação da pena na primeira fase da dosimetria. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. COCAÍNA. PEQUENA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO RECRUDESCIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. A realidade social e das prisões exige maior rigor para admissão de respostas criminais com privação de liberdade.

2. Em apreensões de não relevante quantidade isolada de maconha, cocaína ou crack, embora não excluída a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco pode ser esse fato justificador de tratamento anormalmente gravoso - seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.

3. Agravo Regimental provido para redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

(AgInt no HC 372.899/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 15/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. AUMENTO DESPROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS 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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais 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. Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se manifestado que a aferição negativa da natureza da droga na primeira fase da dosimetria atende o critério estabelecido no art. 42 da Lei de Drogas, as particularidades do caso concreto, recomendam a readequação da pena inicial, sobretudo quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais e verificada a ínfima quantia de droga apreendida - apenas 7 decigramas de cocaína -. Portanto, é suficiente o aumento da pena-base em seis meses de reclusão.

4. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nos elementos colhidos na instrução e com base nas circunstâncias fáticas do delito (promover a comercialização de entorpecentes de forma rotineira por meio de "disque-drogas"), que a paciente se dedicava ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final pelo delito de tráfico para 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa.

(HC 378.627/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

Imperioso, por conseguinte, o decote do aumento sancionatório na primeira etapa da dosimetria.

No mais, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

In casu, verifica-se que a Corte de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/3, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar.

Ora, o *quantum* de entorpecentes apreendido, ao contrário do afirmado pelo Colegiado estadual não é expressivo de modo a ensejar a aplicação da minorante no patamar de 1/3, sendo possível, pois, a sua incidência na fração máxima.

Nesse contexto, a meu ver, há ilegalidade, porquanto a existência de uma graduação de 1/6 a 2/3 reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto.

É certo que, em regra, o *habeas corpus* não é a via adequada para se discutir pena, entretanto, em casos deste jaez, em que a ilegalidade é flagrante, não se mostra impróprio. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declinou motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no quantum de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

(HC 373.561/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. In casu, as instâncias de origem afastaram a aplicação do benefício em razão das circunstâncias do caso concreto, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa. Entretanto, a quantidade da referida droga não é relevante, impondo a sua incidência.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 2/3 (dois terços).

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal.

(HC 363.309/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017)

Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/3, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Na primeira etapa, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, incidem as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, devendo entretanto, ser mantida a pena, em razão da incidência do verbete sumular n.º 231 desta Corte Superior de Justiça. Na terceira etapa, aplico a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 na fração de 2/3, tornando a pena definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa**.

Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 anos e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

Ante do exposto, **concedo a ordem** a fim de reduzir a pena da paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0157358-2

HC 406.150 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016901020158080012 16901020158080012

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: MARIA CANDIDA GONCALVES LIMA FILHA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.