



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.467 - ES (2017/0160060-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : HERCULES BORGES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTO INERENTE AO TIPO DO TRÁFICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. VIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. No caso dos autos, constato que não houve o *reformatio in pejus*, tendo em vista que não houve agravamento na situação do acusado, porquanto a pena-base ficou no mesmo patamar fixado na sentença.

3. 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.

4. No caso dos autos, observo que o fundamento utilizado em relação aos motivos é inidôneo. Isso porque *lucro fácil* é circunstância inerente ao próprio tipo do tráfico, portanto, não podendo ser utilizado para exasperar a pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No que tange à diversidade das drogas apreendidas, observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, 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 e diversidade da droga como circunstância judicial.

6. Dessa forma, decotando os motivos do crime e restando apenas uma circunstância judicial a ser considerada negativa, de rigor a redução da pena-base.

7. 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), a depender das circunstâncias do caso concreto.

8. A natureza constitui fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal, mas, no presente caso, não se mostra expressiva o suficiente para aplicar fração diversa da máxima.

9. Por fim, ainda que a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, não há se falar em outro regime senão o semiaberto já fixado pelas instâncias ordinárias, tampouco em substituição da pena.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do 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), 24 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.467 - ES (2017/0160060-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : HERCULES BORGES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de HERCULES BORGES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação n. 0021804-67.2015.8.08.0012).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, nos seguintes termos (fls. 32/39):

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT DA LEI N. 11.343/06. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DA DIMINUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA DESFAVORÁVEL. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Presente prova da autoria e da materialidade delitiva do delito de tráfico, incabível a desclassificação, para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas. 2. Diante da existência de circunstância judicial do art. 59 do CP valorada negativamente, incabível a redução da pena-base ao mínimo legal. 3. A quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas podem interferir na escolha do percentual da referida causa de diminuição. 4. Recurso ao qual se nega provimento.

No presente *writ*, a impetrante sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que a manutenção da exasperação da pena-base não poderia persistir, tendo em vista que o Tribunal afastou a fundamentação utilizada para desvalorar as consequências do delito, porém, não reduziu a pena-base. Alega que para manter a pena no patamar fixado em primeira instância, o Tribunal *a quo fundamentou, por si mesmo, outra circunstância, qual seja, a culpabilidade*, configurando o *reformatio in pejus*, porquanto é vetado por essa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corte o reforço argumentativo, devendo este tribunal concordar ou anular a fundamentação em relação as circunstâncias judiciais sem emitir fundamentação diversa daquela (fl. 4).

Afirma, ainda, que o desvalor dos motivos não pode se manter, pois a obtenção do lucro fácil é inerente ao tipo penal do tráfico.

Subsidiariamente, aduz que, ainda que os argumentos sejam considerados legais, a quantidade utilizada para valorar negativamente a culpabilidade não seria expressiva a ponto de justificar a pena-base em patamar muito acima do mínimo legal.

Por fim, em relação à redutora, sustenta que o acórdão *justificou a minorante na proporção de um terço (1/3) em razão da natureza da droga. Entretanto, além de não haver quantidade suficiente para considerar como altamente prejudicial a natureza das drogas, houve, no caso, incidência do bis in idem, visto que natureza e variedade representam o mesmo vetor, qual seja, o tipo de substância que foi encontrado. Assim, alegando que a mesma fundamentação foi utilizada para agravar a pena-base e para arbitrar o patamar da redutora, pleiteia a aplicação da fração de 2/3.*

Diante disso, requer o redimensionamento da pena fixando a pena-base no mínimo legal e a aplicação da causa especial de diminuição da pena na proporção de 2/3.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 54/65, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.467 - ES (2017/0160060-0)

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, de início, 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, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base e na aplicação da minorante do tráfico na fração de 1/3.

O efeito devolutivo da apelação é amplo, permitindo a revisão da dosimetria da pena, em recurso exclusivo da defesa, sem que haja violação do disposto no art. 617 do CPP, autorizando o Tribunal, quando provocado a se manifestar sobre algum critério da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, a analisar circunstâncias judiciais e a rever todos os termos da individualização da pena definidos no decreto condenatório. Dessa forma, possibilita-se nova ponderação dos fatos e circunstâncias que ocorreram o delito, ainda que seja em recurso exclusivo da defesa, sem que ocorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do acusado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. RECEPÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELA CORTE A QUO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO.

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

3. In casu, a Corte estadual afastou a circunstância judicial dos maus antecedentes considerada pelo juízo sentenciante e ponderou a natureza do bem receptado (veículo automotor) para manter a exasperação da pena-base, porém em fração menor (1/6).

4. É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu. Precedentes: RHC 47.188/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015 e HC 152.532/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 13/04/2012).

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGALIDADE DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. Não há falar em reformatio in pejus pois o efeito devolutivo da apelação é amplo, e permite a revisão da dosimetria da pena, em recurso exclusivo da defesa, sem que haja violação do disposto no art. 617 do CPP, desde que o quantum da pena não ultrapasse aquela fixada anteriormente pelo magistrado singular.

3. É lícito às instâncias ordinárias, analisar a legalidade dos fundamentos da decisão de primeiro grau, para conferir melhor compreensão da quaestio iuris objeto da sentença impugnada no recurso, respeitada a extensão cognitiva da decisão impugnada, e os limites quantitativo e qualitativo da pena imposta.

4. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

5. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade de droga, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica 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 (HC 351.723/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, INCISO III, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

IV - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 628.568/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 11/5/2016).

No caso dos autos, veja o que foi consignado pelas instâncias ordinárias ao exasperar a pena-base:

Passo à dosimetria da pena, conforme artigos 59 e 68 do Código Penal

Na análise da culpabilidade, embora estejamos diante de um crime hediondo, o grau de reprovabilidade da conduta do réu é condizente com a natureza da infração, não há nenhum indicativo com relação ao juízo crítico de reprovação social, basta o elevado grau, já previsto como elementar do crime;

Os antecedentes criminais são imaculados, não havendo outros registros criminais além do presente feito (fl. 88);

Não existem requisitos para análise da conduta social do acusado, não podendo ela ser aferida a seu desfavor;

A personalidade também não pode ser aferida a seu desfavor, já que o processo não trouxe elementos suficientes para sua análise;

Os motivos do crime, não foram revelados pelo réu, já que o mesmo nega a prática do delito, contudo, deve-se elevar a reprimenda, pois sabe-se que a prática do tráfico de drogas é a busca pelo lucro fácil;

As circunstâncias do crime são próprias do tipo penal;

As conseqüências do crime são evidentes, em função dos danos causados a um grande número de pessoas, que se tomam vítimas do tráfico e acabam aumentando as estatísticas dos crimes para manter o vício, portanto, deve-se elevar a pena;

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 06 (seis) meses de reclusão e 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa.

(Sentença fls. 14/15)

Quanto ao pleito de (ii) fixação da pena-base no mínimo legal, verifico que, ponderadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, não há nenhum elemento que justifique a valoração negativa das consequências do crime, por ser normal à espécie.

Contudo, a culpabilidade se mostra acentuada, tendo em vista a diversidade das drogas encontradas com o apelante: maconha, cocaína e crack. Assim, entendo como proporcional e adequada a manutenção da pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, ou seja, próximo do mínimo legal.

(Acórdão fl. 38)

No caso dos autos, inexistente *reformatio in pejus*, tendo em vista que não houve agravamento na situação do acusado, porquanto a pena-base ficou no mesmo patamar fixado na sentença, tendo o Tribunal local se utilizado da culpabilidade - diversidade das drogas - para manter a exasperação da pena-base.

Contudo, ainda que o Tribunal não tenha incorrido em *reformatio in pejus*, verifico constrangimento ilegal quanto à valoração negativa dos motivos do crime.

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, observo que o fundamento utilizado em relação aos motivos é inidôneo. Isso porque *lucro fácil* é circunstância inerente ao próprio tipo do tráfico,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, não podendo ser utilizado 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 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)

No que tange à culpabilidade - diversidade da droga apreendida - 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 e diversidade da droga como circunstância judicial. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, decotando os motivos do crime e restando apenas uma circunstância judicial a ser considerada negativa (culpabilidade), de rigor a redução da pena-base para o patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão.

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso, assim foi consignado pelo Tribunal local para aplicar a redutora no patamar de 1/3 (fls. 38/39):

Na terceira fase da dosimetria, o apelante requer a (iii) majoração do patamar fixado no momento da aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33 §4º da Lei de Drogas.

Verifico que a sentença diminuiu a fração em 1/3 (um terço),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar que deve ser mantido, conforme autorização da jurisprudência pátria, visto que a natureza da droga pode ser levada em consideração para reduzir o grau de diminuição da sanção.

Assim, tendo em vista que houve apreensão de "crack" - cuja natureza é altamente nociva e viciante - em poder do apelante, entendo que a redução deve ser mantida no patamar de 1/3 (um terço).

Como é cediço, a natureza das drogas é fundamento idôneo para embasar o percentual de redução nos casos de tráfico privilegiado. Contudo, no presente caso, o fundamento não deve prevalecer, tendo em vista que a quantidade das drogas - 7 buchas de maconha, 15 pedras de crack e 24 pinos de cocaína - não se mostra expressiva o suficiente para justificar a aplicação no patamar mínimo, sobretudo em virtude da utilização da diversidade das drogas na primeira fase da dosimetria.

Dessa forma, deve-se aplicar a fração de 2/3.

Assim, passo a refazer a dosimetria.

Na primeira fase, redimensiono a pena-base para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na segunda fase ausentes atenuantes ou agravantes. Na terceira etapa, aplico a redutora do tráfico na fração de 2/3, razão pela qual torno a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 194 dias-multa.

Por fim, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, ante a existência de circunstâncias judiciais negativas, não há se falar em outro regime senão o semiaberto, tampouco em substituição da pena.

Ante o exposto, não conheço o *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena para **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 194 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0160060-0

HC 406.467 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00218046720158080012 218046720158080012

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

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	: HERCULES BORGES

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.