HABEAS CORPUS Nº 552227 - ES (2019/0375281-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO LEONARDO LUNA LUNA - ES016588
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	MARCOS PAULO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	FÁBIO AUGUSTO MORAES (PRESO)
CORRÉU	:	LADISLAU PAVANELO PADILHA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 27/36) impetrado em benefício de MARCOS PAULO DA SILVA MORAES e de FÁBIO AUGUSTO MORAES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação n.º 0029835-36.2017.8.08.0035 - fls. 3/26).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou MARCOS PAULO DA SILVA MORAES, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, e 960 dias-multa, restando cumprir 8 anos, 10 meses e 2 dias de reclusão, após a detração do tempo de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal. O paciente FÁBIO AUGUSTO MORAES foi condenado, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, c.c. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006, e art. 16, da Lei n. 10.826/2003, às penas de 12 anos, 3 meses e 14 dias de reclusão (detraído o tempo de prisão cautelar e multa (fls. 40/92).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 3/26).

No presente *mandamus*, a impetrante alega que as penas-bases dos pacientes foram fixadas muito acima do mínimo legal com base em fundamentação idônea. Aduz, quanto ao vetor da culpabilidade, que foi desfavorecido com fundamento em termos vagos, e em fatos inerentes ao tipo penal. Acrescenta que o mesmo se deu por ocasião da valoração das circunstâncias judiciais das consequências e motivos do crime, bem como

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009288 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 12:54:23
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 6abbbadf-afe6-44b8-b5fe-66ffef2dbc47

da conduta social e da personalidade do agente.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja a ordem concedida para reduzir as penas-bases dos pacientes e para que, na segunda fase da dosimetria, *"a causa redutora deva ser compensada a agravante"* (*sic*) (fl. 36).

A liminar foi indeferida, às fls. 120/122.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 128/132).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção dos pacientes.

No presente *writ* (fls. 27/36), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, pois manteve a indevida e desproporcional exasperação das penas-bases.

No ponto, afirma que restou desmedida a aplicação das penas-bases aos pacientes, uma vez que o magistrado sentenciante não proveu fundamentação idônea a fim de se elevar tais reprimendas muito acima do seu mínimo legal (fl. 31).

Aponta que forma utilizados argumentos genéricos e inerentes ao tipo penal, e que não se prestavam para exasperar as penas-bases.

No *Habeas Corpus* n. 546.412/ES, foi a ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente FÁBIO AUGUSTO MORAES ao novo patamar de 8 anos e 10 meses de reclusão e 593 dias-multa, dentre outras razões, porque se constatou ilegalidade flagrante na sua pena-base. Assim, relativamente a esse paciente, o presente *writ* encontra-se prejudicado, ante a perda superveniente parcial do seu objeto.

Resta examinar a idoneidade da pena imposta ao paciente MARCOS PAULO DA SILVA MORAES.

A dosimetria das penas do paciente foi posta nos seguintes termos pelas instâncias ordinárias:

> *"DENUNCIADO MARCOS PAULO DA SILVA.*
> *A pena em abstrato para o delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06 é de*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009288 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 12:54:23
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 6abbbadf-afe6-44b8-b5fe-66ffef2dbc47

05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa. Convém enfatizar, inicialmente, que a pena-base somente poderá ser fixada no mínimo legal caso todas as circunstâncias judiciais do acusado sejam favoráveis e, no caso de tráfico de droga, seja ínfima a quantidade e variedade de drogas apreendidas. A culpabilidade encontra-se evidenciada ante a reprovabilidade das condutas que compõem o delito de tráfico de drogas, vez que o réu guardou os entorpecentes descritos na exordial, bem como constantes no auto de apreensão de fls. 29/30. O réu é considerado primário, vez que não possui condenação criminal transitada em julgado em seu desfavor. Não há elementos para se aferir acerca da conduta social e personalidade do réu, não podendo ser desabonadas. O móvel do crime é o lucro fácil auferido com a disseminação de substâncias entorpecentes. As circunstâncias do crime são irrelevantes. O delito praticado é responsável por graves consequências, vez que têm se constituído no flagelo da sociedade, com milhares de pessoas experimentando o imensurável malefício das drogas a partir de condutas como as aqui analisadas e que trazem enormes prejuízos para a vida social, econômica e familiar dos usuários. Ademais, é público e notório que a atividade de tráfico de drogas tem funcionado como motivador para a prática de outros delitos, tais como homicídios, ameaças, lavagem de dinheiro, corrupção de menores e de autoridades, dentre outros. A vítima é a sociedade. E mais a situação econômica do réu é mediana, tendo em vista que constituiu advogado particular. Feitas estas considerações, fixo-lhe a pena-base em 08 (OITO) ANOS MESES DE RECLUSÃO e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do crime.

[...]

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes de pena a serem consideradas. No caso vertente, o acusado não faz jus ao benefício previsto no § 4°, do art. 33, da Lei deTóxicos, haja vista que responde a outra ação penal, conforme consulta ao sítio eletrônico do Tribunal do Estado de São Paulo. Neste sentido, vale lembrar os ensinamento de Luiz Flávio Gomes, esclarecendo que 'no delito de tráfico (artigo 33, caput) e nas formas equiparadas (§1º), as penas poderão ser reduzidasde um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo habitual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos isto é, faltando um deles inviável a benesse legal' (Nova Lei de Drogas Comentada; Lei 11.343, de 23.08.2006, Revista dos Tribunais, 2006. p. 165).

[...]

Consta mais dos autos que restou comprovado que o réu praticou tráfico de entorpecentes entre Estados da Federação: São Paulo e Espírito Santo, devendo incidir a causa de aumento de pena descrita no artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/03, razão pela qual majoro a reprimenda em 1/5 (um quinto), fixando-a em 09 (NOVE) ANOS e 07 (SETE) MESES e 06 (SEIS) DIAS DE RECLUSÃO e 960 (NOVECENTOS E SESSENTA) DIAS-MULTA.

Em razão do disposto no § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal (com redação dadapela Lei 12.736/12), procedo à detração no montante da pena privativa de liberdade do acusado acima fixada, diante do tempo de prisão provisória cumprida neste processo (de 02/10/2017 a 05/07/2018), totalizando o lapso temporal de 09 (NOVE) MESES e 04 (QUATRO)DIAS, restando cumprir o total de 08 (OITO) ANOS e 10 (DEZ) MESES e 2 (DOIS) DIAS DE RECLUSÃO." (fl. 70/75).

"QUANTO AO RÉU MARCOS PAULO DA SILVA.

A defesa pugna pela fixação da pena-base em seu patamar mínimo. O

acusado foi condenado pelo delito de tráfico de drogas, que possui pena cominada de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) a 1.500 (mil equinhentos) dias -multa. A Magistrada primeva fixou-lhe a pena - base em 08 (oito) anos de reclusão e 800(oitocentos) dias-multa, analisando negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos motivos e consequências do crime. Noto que as circunstâncias em que a prática delitiva se perpetrava não são de molde a favorecer o apelante, uma vez que revelam os autos que os três acusados tinham a intenção de controlar o movimento de tráfico de drogas no município de Vila Velha, injetando em tal comércio ilícito a grande quantidade de droga.

Sendo assim, mantenho a pena-base tal como fixada, por se mostrar muito bem lançada. Na segunda fase dosimétrica, a pena intermediária foi mantida em 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, eis que não se observaram atenuantes ou agravantes cabíveis. A defesa, no entanto, requer a aplicação da atenuante da confissão espontânea, de modo a reduzir a pena em 1/6. Não merece acolhimento o pedido, vez que o acusado, em juízo, retratou-se do depoimento prestado na esfera policial. Ademais, sua condenação foi fundamentada em outros meios de prova, que se mostraram suficientes à prolação da sentença. Na terceira fase dosimétrica, aplicada a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V da Lei Antitóxicos, a Magistrada sentenciante majorou a pena em 1/5. O apelante requer a redução da fração de aumento no mínimo, ou seja, em 1/6. Entendo não ser cabível, considerando que os réus transportaram para este Estado grande quantidade de droga, sendo 326 kg (trezentos e vinte e seis quilos) de maconha, tendo a finalidade de permanecerem no município de Vila Velha como chefes do tráfico de drogas local. Por tal motivo, o quantum de majoração foi aplicado corretamente, considerando as peculiaridades do caso. Sendo assim, mantenho a pena definitivamente fixada em 09 (nove) anos, 07 (sete)meses e 06 (seis) dias de reclusão, e 960 (novecentos e sessenta) dias-multa." (fls.17/18)

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC n. 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; HC n. 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016; HC n. 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015; HC n. 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 1/4/2014, DJe 10/4/2014.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009288 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 12:54:23
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 6abbbadf-afe6-44b8-b5fe-66ffef2dbc47

Entretanto, salienta-se que o entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa.

O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] - A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo
> reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015). - A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. - Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes. - No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte. [...] - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO

SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem. 2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré. 3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto)
para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado. 4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas). 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 01/9/2017).

Outrossim, em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8 KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.[...]II - O aumento da pena-base em razão da

quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré (cerca de 23,8 kg de cocaína) mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.[...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. 1.238.404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 22/3/2018, DJe 2/4/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSOESPECIAL.ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. REGIME FECHADO. LEGALIDADE.[...]3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.4. A associação para o tráfico de drogas em vultosa quantidade justifica o incremento da pena-base desse delito. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base do crime de associação para o tráfico, considerando a quantidade das drogas disseminadas (56kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.[...]6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1166871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 25/4/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃOIDÔNEA.AUSÊNCIADE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.[...]2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, considerou a quantidade dos entorpecentes apreendidos (mais de uma tonelada de maconha e haxixe)e a culpabilidade do agente (ocultação das drogas em compartimento de ônibus, no qual era dissimulada a venda de produtos de gesso) para elevar as penas-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico na fração de 5/6, o que não se mostra desproporcional.4. Habeas corpus não conhecido. (HC 437.496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 5/4/2018, DJe 11/4/2018)

Vale consignar, ainda, que, nos termos do art. 617, do CPP, o Tribunal, Câmara ou Turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença. Assim, na situação de o recurso ser exclusivo da defesa, não pode o Tribunal, quando do seu julgamento, agravar a situação final do acusado, definida pela sentença, sob pena de indevida *reformatio in pejus*.

Por outro lado, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009288 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 12:54:23
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 6abbbadf-afe6-44b8-b5fe-66ffef2dbc47

dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação final do réu, vale dizer, que não seja elevada a sua reprimenda ou recrudescido o regime de cumprimento.

Na hipótese, a pena-base do paciente foi exasperada em 3/5 sobre o mínimo legal. Foram avaliadas negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos motivos e das consequências do delito. As duas últimas vetoriais, entretanto, não contaram com fundamentação idônea para o seu desfavorecimento.

De fato, o intuito de lucro fácil e os prejuízos causados à vida social pela mercancia ilícita são ínsitos ao tipo criminal em apenamento. Sobeja, como fundamento concreto, apto a autorizar algum grau de incremento punitivo, apenas a grande quantidade de droga apreendida - 326 kg de maconha.

Dessarte, embora haja motivação bastante para a fixação da pena-base do paciente em patamar superior ao mínimo legal e até para aplicar a sua reprimenda com algum rigor, deve a ordem ser concedida, de ofício, para reduzir a elevação da sanção básica à fração mais adequada de 1/3 sobre o mínimo legal.

No mesmo sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM 1/3. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTO CONCRETO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. TRÁFICO PRIVILEGIADO.NEGATIVADE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT DENEGADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016), só podendo ser alterado o quantum de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional.2. No caso, o aumento da pena-base em 1/3 não se revela desproporcional diante da elevada quantidade de droga apreendida (600kg de maconha).[...]4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 517.002/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe 14/2/2020)
>
> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.DOSIMETRIA.PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. CRITÉRIO IDÔNEO E SUFICIENTE PARA A EXASPERAÇÃO NO QUANTUM APLICADO.AGRAVANTE DA

> REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ESPECIFICIDADE DA REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ENTENDIMENTO QUE SE COADUNA COM A ORIENTAÇÃO DA TERCEIRA SEÇÃO, FIRMADA NO JULGAMENTO DO HC N. 365.963/SP. FRAÇÃO DE AUMENTO REDUZIDA PARA 1/6. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.[...]- A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito
> de entorpecentes.- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes teve por fundamento a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, revelando-se justificado e proporcional o incremento da pena na fração de 1/3.[...]Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente. (HC 503.503/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 5/8/2019)

Por outro lado, constata-se, de ofício, que, no caso, deve ser aplicada a circunstância atenuante da confissão espontânea, que somente foi indeferida em virtude da sua retratação em juízo.

De fato, o juiz singular, ao relatar as provas colacionadas aos autos, consignou que o paciente teria dito, em sede policial, que *"conduziu o caminhão de mudança ciente das drogas e da arma de fogo, vez que receberia o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)."* (fl. 41). Outrossim, consta do acórdão impugnado que *"[a]firmam os policiais que à época dos fatos os réus, quando questionados, relataram que vieram ao estado do Espírito Santo com propósito de tomar conta do movimento de tráfico de drogas"* (fl. 12).

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se há confissão do réu, ainda que parcial ou qualificada, ou, ainda, retratada em juízo, incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Nesse sentido, confiram-se:

> CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO QUE, EMBORA PARCIAL, FOI UTILIZADA PELO MAGISTRADO PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REFERIDA ATENUANTE E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 01. Prescreve a Constituição da República que o habeas corpus será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no habeas corpus devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível o seu processamento para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC Documento: 103547483 Página 4 de 12 Superior Tribunal de Justiça 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma). 02. O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que: a) "para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação" (HC 270.093/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014; AgRg no REsp 1.392.005/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/06/2014; AgRg no REsp 1.442.277/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/09/2014; AgRg no REsp 1.338.485/SE, Rel. Ministra Marilza Maynard [Desembargadora convocada do TJ/SE], Sexta Turma, julgado em 07/08/2014); b) "reconhecida a multirreincidência específica, não se mostra possível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência" (AgRg nos EDcl no REsp 1.387.261/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 05/11/2013; HC 287.362/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/08/2014; AgRg no REsp 1.475.943/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015). 03. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente (HC 319.666/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador convocado do TJ/SC – Quinta Turma, julgado em 11/6/2015, DJe 18/6/2015).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. Documento: 103547483 Página 5 de 12 Superior Tribunal de Justiça 1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis. 2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência. 3. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter

> objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado o emprego de violência contra a vítima, impõem-se a aplicação da atenuante. 4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias. 5. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, quando condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça. 6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão (HC 200.113/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 1/2/2013).

Posteriormente, tal entendimento foi expresso nos termos do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, segundo o qual *"quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal"*, devendo a ordem ser concedida, no ponto, para aplicar a mencionada circunstância.

Na terceira fase do cálculo dosimétrico, reconhecida a causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, a reprimenda do ora paciente foi elevada em 1/5 sobre a pena provisória, fração superior ao piso legal, de 1/6. Motivou-se o afastamento do mínimo com remissão à quantidade elevada de droga transportada entre as unidades da federação.

No entanto, como essa razão já foi invocada para promover a exasperação da pena-base, há, na hipótese, o vedado *bis in idem*. De fato, esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

Sobre o tema:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA. DESNECESSIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. OCORRÊNCIA. BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE

> OFÍCIO.[...]3. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.4. Na espécie, as instâncias ordinárias levaram em consideração a quantidade e a natureza das drogas apreendidas tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria.5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda a nova dosimetria da pena, afastando o bis in idem ora identificado. (HC 327.430/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 1/10/2015, DJe 7/10/2015)

Assim, deve a ordem ser concedida, de ofício, para reduzir o montante de elevação da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, pelo reconhecimento da majorante de transposição de fronteiras, à fração de 1/6.

No tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, ressalta-se que, nos termos do art. 33, § 4º, 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 bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

No caso concreto, apresenta-se inequívoca a existência de fundamentação concreta para justificar o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Nesse sentido, a instância ordinária consignou a existência de outra ação penal em andamento.

A propósito, em situações semelhantes, prevalece nesta Corte Superior a seguinte orientação:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). VEDAÇÃO. PROCESSOS EM ANDAMENTO E VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para vedar a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, quando se referirem à prática de tráfico de drogas, demonstrando a habitualidade na prática do delito pelo paciente, como na hipótese dos autos. Precedentes (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10/05/2016 e HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 17/04/2015). [...]

> 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 478.777/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 17/12/2018)
>
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]3. A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes. [...] 7. Habeas corpus não conhecido. (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016)

A reforma do juízo de fato de que o paciente dedicar-se-ia à atividade criminosa - dado tornado patente pela existência de outro processo criminal em curso - demandaria nova dilação probatória, a que a via estreita do *mandamus* não se presta.

Sobre o tema:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na natureza do entorpecente - 1 tijolo de maconha (896,67 g), 1 tablete de crack, (375,91 g) e 1 invólucro de cocaína (89,73 g) -, assim como no modus operandi e nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento - para 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. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). 7. Habeas corpus não conhecido. (HC 493.654/SP, Rel. Ministro

RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe 30/4/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO PODE SER INFIRMADA NA PRESENTE VIA CÉLERE. MODUS OPERANDI E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça considera ser legítimo afastar a incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 com fundamento na quantidade da substância entorpecente apreendida e no modus operandi utilizado na empreitada criminosa, como na espécie, em que foram apreendidos mais de 276 quilogramas de maconha. 2. Reavaliar a conclusão das instâncias ordinárias de que o Agente dedicava-se a atividades criminosas ou participava de organização / associação criminosa não se coaduna com o presente remédio, de rito célere e cognição sumária. O revolvimento de matéria fático-probatória é providência sabidamente inviável na estreita via do habeas corpus ou do recurso ordinário. [...] 4. Fixada a pena em patamar superior a quatro anos de reclusão, é incabível sua substituição por reprimendas substitutivas de direitos, pelo não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 469.388/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 12/3/2019, DJe 28/3/2019)

Portanto, há, sim, elementos na fundamentação do acórdão reprochado que, de fato, justificam o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Passa-se ao refazimento da dosimetria das penas do paciente MARCOS PAULO DA SILVA.

Art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006:

A pena-base é exasperada em 1/3 sobre o mínimo legal, resultando em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

A pena provisória é reduzida em 1/6, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, alcançando 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, e 555 dias-multa.

Com o aumento em 1/6, pelo reconhecimento de majorante da tráfico interestadual, a pena final alcança 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, e 647 dias-multa.

O regime prisional inicial fechado continua sendo o adequado, no caso, considerando a vetorial desfavorável da grande quantidade de droga apreendida com o

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009288 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 12:54:23
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 6abbbadf-afe6-44b8-b5fe-66ffef2dbc47

paciente, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal. A detração do tempo de prisão cautelar não altera essa conclusão, não havendo o que prover, no ponto.

Ante o exposto, **julgo** o *habeas corpus* em parte **prejudicado** e dele **não conheço** quanto ao restante.

Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reduzir as penas do paciente MARCOS PAULO DA SILVA MORAES ao novo patamar de 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, e 647 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília, 30 de março de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009288 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 12:54:23
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 6abbbadf-afe6-44b8-b5fe-66ffef2dbc47