



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.800 - SP (2017/0239277-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP0239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THADDEUS CHUKWUKA EZEIOKEKE

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU DURANTE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AMPLA DEFESA. PRECLUSÃO TEMPORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. TERCEIRA FASE. APELAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. ANTECEDENTES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME. ADEQUAÇÃO. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DETRAÇÃO PENAL. INSUFICIÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem reconhecido que o direito à presença - desdobramento da autodefesa - não guarda caráter absoluto, devendo ser harmonizado e ponderado com as demais regras e princípios informativos que guarnecem o sistema processual penal. Outrossim, embora seja conveniente, a presença do acusado em audiência de instrução não é indispensável para a validade do ato. Trata-se de nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno e demonstrado o prejuízo concreto, nos termos dos arts. 563 e 571 do Código de Processo Penal.

2. A defesa não se manifestou em momento adequado quanto à ausência do acusado na audiência de instrução, deixando para suscitar o vício apenas em sede de razões recursais. Independentemente da situação jurídica do réu, deveria o causídico ter sustentado a suposta nulidade e demonstrado o prejuízo decorrente do não comparecimento. Preclusão temporal reconhecida.

3. Também não houve a demonstração concreta de prejuízo à defesa, nos termos do art. 563 do CPP, não tendo sido demonstrado de que forma o interrogatório do acusado poderia influir no convencimento do magistrado e e desconstituir todo o arcabouço fático-probatório amealhado aos autos para incriminá-lo. Aplicação do dogma fundamental do *pas de nullité sans grief*.

4. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

5. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente envolvida na empreitada criminosa – 998,8g de cocaína – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

6. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula n. 545 desta Corte.

7. Diante do efeito devolutivo dos recursos, é possível a cognição de toda a matéria pelo Tribunal de origem em sede de apelação, bem como a adoção de fundamentos diversos da sentença, desde que não seja agravada a situação fático-processual do réu no recurso exclusivo da defesa.

8. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. Conquanto não se desconheça o conteúdo da decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos nos autos do HC n. 126.315/SP, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes (julgado em 15.9.2015 e publicado em 7.12.2015), o tema não se encontra pacificado no âmbito daquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE n. 593.818).

9. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

10. Ainda que se considere o período em que o réu permaneceu preso preventivamente, para fins de detração penal, o *quantum* da pena permaneceria em patamar superior a 4 anos de reclusão, sendo adequado o equipamento fechado, eis que presente circunstância judicial negativa (art. 33, §2º, "b", e §3º, do Código Penal). Sem embargo, a detração poderá ser verificada a qualquer tempo pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 66, III, "c", da LEP.

11. Ordem parcialmente concedida, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente ao patamar de 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 520 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 03 de abril de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.800 - SP (2017/0239277-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP0239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THADDEUS CHUKWUKA EZEOKIKE

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de THADDEUS CHUKWUKA EZEOKIKE, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0055534-22.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 23.7.2014, à **pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, por infração ao disposto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06**. Foi-lhe concedido o apelo em liberdade - Processo n.º 0055534-22.2013.8.26.0050, da 9.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP (fls. 37/40).

Inconformada, a defesa interpôs **recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento**, na data de 29.6.2017, nos termos da seguinte ementa (fl. 44):

"APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - Apreensão de quase um quilo de cocaína - Materialidade e autoria comprovadas - Confissão extrajudicial em consonância com os relatos seguros e coesos dos policiais militares - Condenação mantida - Pena-base fixada acima do mínimo legal diante de circunstância judicial desfavorável representada pela quantidade e acentuada lesividade do tóxico apreendido - Inteligência do artigo 42 da Lei n.º. 11.343/06 - Quadro adverso inconciliável com o privilégio descrito no artigo 33, § 4º, da mesma Lei Extravagante, denotando inequívoca dedicação a atividade criminosa - Substituição da corporal por restritivas de direitos obstaculizada pelo montante da reprimenda e gravidade concreta do delito - Regime prisional fechado único adequado ao crime de natureza hedionda, a par da circunstância adversa também colidente com retiro menos severo - Recurso da Defesa improvido."

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega a ocorrência de **nulidade absoluta na ação penal, devido à ausência do acusado na audiência de instrução realizada no dia 23.7.2014**, o que acarretaria cerceamento de defesa. Sublinha que o paciente não compareceu à audiência marcada para o dia 23.7.2014, pois foi expulso do Brasil em 19.6.2014. Nesse contexto, sustenta que, "*como a expulsão ocorreu antes da audiência que encerrou a instrução, seria necessária a expedição de carta rogatória*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para ouvi-lo, de forma a garantir o direito à ampla defesa" (fl. 4). Ressalta que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo teve conhecimento desse fato somente após a sentença.

Aduz que ocorreu um aumento exacerbado na primeira fase da dosimetria da pena, eis que o juízo sentenciante majorou a pena-base apenas em razão da quantidade de entorpecente apreendido, em afronta ao disposto no artigo 59 do Código Penal.

Defende ser de rigor o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, uma vez que *"a confissão extrajudicial foi utilizada na fundamentação do v. acórdão para compor a condenação"* (fl. 15).

Argumenta que *"o Tribunal a quo alterou a fundamentação utilizada na sentença condenatória para justificar a vedação do **privilégio** ao julgar recurso exclusivo do réu - acresceu certidão não empregada na sentença, fls. 26/30, e a quantidade de drogas para tanto"*. Assim, *"a postura não se sustenta, diante da proibição da reformatio in pejus"* (fl. 16).

Pontua que *"as certidões consideradas, inclusive pelo TJSP, trazem dúvida acerca da existência de condenação definitiva anterior"* (fl. 22). **Assevera que a sentença penal condenatória utilizada para obstar a aplicação da minorante prevista no no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 foi alcançada pelo período depurador .**

Consigna que a **quantidade de entorpecente** foi utilizada para exasperar a pena-base e impedir a aplicação da menciona causa especial de diminuição de pena, o que caracteriza **bis in idem**.

Aduz que, por consequência, é cabível a **aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei de drogas**.

Alega que o acusado faz jus ao **regime inicial semiaberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Afirma que o paciente ficou preso por 1 (um) ano, logo deve ser realizado o cálculo da **detração penal** para a estipulação do regime inicial carcerário.

Invoca os enunciados n.º 545 e n.º 444 das Súmulas desta Corte Superior.

Requer, ao final: a nulidade da ação penal, devido à ausência do réu na audiência de instrução realizada em 23.7.2014; a redução do patamar de majoração da pena-base para 1/10; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; a aplicação da redutora constante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e a modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

Informações prestadas às fls. 90/167 e 169/192.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 194/199).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.800 - SP (2017/0239277-1)

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU DURANTE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AMPLA DEFESA. PRECLUSÃO TEMPORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. TERCEIRA FASE. APELAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. ANTECEDENTES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME. ADEQUAÇÃO. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DETRAÇÃO PENAL. INSUFICIÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem reconhecido que o direito à presença - desdobramento da autodefesa - não guarda caráter absoluto, devendo ser harmonizado e ponderado com as demais regras e princípios informativos que guarnecem o sistema processual penal. Outrossim, embora seja conveniente, a presença do acusado em audiência de instrução não é indispensável para a validade do ato. Trata-se de nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno e demonstrado o prejuízo concreto, nos termos dos arts. 563 e 571 do Código de Processo Penal.

2. A defesa não se manifestou em momento adequado quanto à ausência do acusado na audiência de instrução, deixando para suscitar o vício apenas em sede de razões recursais. Independentemente da situação jurídica do réu, deveria o causídico ter sustentado a suposta nulidade e demonstrado o prejuízo decorrente do não comparecimento. Preclusão temporal reconhecida.

3. Também não houve a demonstração concreta de prejuízo à defesa, nos termos do art. 563 do CPP, não tendo sido demonstrado de que forma o interrogatório do acusado poderia influir no convencimento do magistrado e e desconstituir todo o arcabouço fático-probatório amealhado aos autos para incriminá-lo. Aplicação do dogma fundamental do *pas de nullité sans grief*.

4. 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 vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

5. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente envolvida na empreitada criminosa – 998,8g de cocaína – (art. 42 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006).

6. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula n. 545 desta Corte.

7. Diante do efeito devolutivo dos recursos, é possível a cognição de toda a matéria pelo Tribunal de origem em sede de apelação, bem como a adoção de fundamentos diversos da sentença, desde que não seja agravada a situação fático-processual do réu no recurso exclusivo da defesa.

8. À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. Conquanto não se desconheça o conteúdo da decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos nos autos do HC n. 126.315/SP, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes (julgado em 15.9.2015 e publicado em 7.12.2015), o tema não se encontra pacificado no âmbito daquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE n. 593.818).

9. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

10. Ainda que se considere o período em que o réu permaneceu preso preventivamente, para fins de detração penal, o *quantum* da pena permaneceria em patamar superior a 4 anos de reclusão, sendo adequado o equipamento fechado, eis que presente circunstância judicial negativa (art. 33, §2º, "b", e §3º, do Código Penal). Sem embargo, a detração poderá ser verificada a qualquer tempo pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 66, III, "c", da LEP.

11. Ordem parcialmente concedida, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente ao patamar de 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 520 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, sustenta a impetrante a ocorrência de nulidade em face da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença do acusado. Pondera-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente foi expulso do Brasil em data pretérita e que tal fato não era de conhecimento da defesa à época da realização do ato processual.

Sobre o tema, assim se manifestou o Tribunal *a quo* (fls. 45/46):

Inicialmente, afasta-se a preliminar.

No caso, verifica-se ter sido a revelia reconhecida porque o acusado, em liberdade provisória (fls. 217 e 224), não compareceu à audiência de interrogatório designada para o dia 23 de julho de 2.014 (fls. 229), embora comunicado sobre o ato (fls. 217v).

Logo, incogitável mácula delineando nulidade processual, porquanto, até aquele momento, não se verificava notícia acerca da expulsão de THADDEUS do País, ocorrida dia 19 de junho daquele mesmo ano (fls. 16/19 do apenso de restituição), daí a ausência injustificada a que alude o artigo 367 do Código de Processo Penal.

Nesse tom, *mutatis mutandis*, como decidiu esse Egrégio Tribunal de Justiça em situação idêntica, impossível se cogitar da realização de diligências periódicas, ao longo de toda a instrução, "afim de verificar se ele (o réu), por acaso, não estaria preso por outro juízo" (TJESP, Apelação Criminal nº 990.10.258839-4, Relator Desembargador TRISTÃO RIBEIRO), mesmo princípio a ser observado na hipótese dos autos.

Não bastasse, destaca-se não ter a Defesa suscitado eventual cerceamento de defesa ou nulidade em momento oportuno, somente trazendo a informação acerca do paradeiro do réu por ocasião das razões recursais, sem sequer mencionar a impossibilidade de contato anterior com os familiares daquele como argumento apto a explicar a tardia comunicação, considerado o interregno verificado entre a expulsão (dia 19 de junho de 2.014) e a prolação da sentença condenatória (dia 23 de julho seguinte), de modo que operada a preclusão (TJESP, Apelação Criminal 0004193-57.2010.8.26.0471, Relator Desembargador SOUZA NERY).

A despeito da importância do interrogatório como instrumento de autodefesa, tampouco logrou a Defensoria Pública demonstrar ou especificar prejuízo concreto decorrente da revelia, notadamente em face da prisão em flagrante do réu quando trazia consigo quase um quilo de cocaína, de modo que eventual versão exculpatória, de qualquer forma, acabaria isolada do quadro probatório concluído sob o crivo do contraditório.

Assevere-se, ainda, que, "No âmbito do processo penal, em homenagem ao princípio 'pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no artigo 563 do CPP, não deve ser declarada nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega" (Habeas Corpus nº. 0184694-27.2011.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

De saída, é importante destacar que o direito de presença - desdobramento da autodefesa - assegura ao acusado a possibilidade de acompanhar os atos processuais (o que não pode, de maneira alguma, ser tolhido pelo Estado-juiz), não sendo, contudo, uma obrigação do réu.

Lado outro, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem reconhecido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o direito em comento não guarda caráter absoluto, devendo ser harmonizado e ponderado com as demais regras e princípios informativos que guarnecem o sistema processual penal. Outrossim, embora seja conveniente, a presença do acusado em audiência de instrução não é indispensável para a validade do ato. Trata-se de nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno e demonstrado o prejuízo concreto, nos termos dos arts. 563 e 571 e incisos do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, a fundamentação empregada pelo Sodalício estadual para rejeitar a preliminar de nulidade deve ser mantida indene, dispensados quaisquer reparos.

Em primeiro lugar, é de ver que a defesa não alegou o vício em momento oportuno, qual seja, durante a própria audiência de instrução. A audiência transcorreu sem que tenha havido registro de eventual insurgência quanto ao ponto. Ao magistrado não era possível especular em relação as causas da ausência, cabendo-lhe tão somente reconhecer a revelia. Por sua vez, independentemente da situação jurídica do réu, deveria o nobre causídico ter sustentado a suposta nulidade e demonstrado o prejuízo concreto decorrente do não comparecimento. O defensor permaneceu inerte, somente suscitando a nulidade em sede razões de apelação. Há pois, inegável preclusão temporal que não pode ser superada na via excepcional do *habeas corpus*.

Noutro giro, tampouco logrou-se êxito em demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, andando bem o Tribunal também neste ponto. A defesa aventou genericamente a ocorrência da nulidade, mas não apontou o motivo da indispensabilidade da presença do acusado, nem mesmo de que forma o seu interrogatório poderia influenciar na convicção do magistrado e desconstituir todo o arcabouço fático-probatório amealhado aos autos para incriminá-lo. Consoante entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, ***"a demonstração de prejuízo, 'a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas' (HC 85.155/SP, Rel. Ministra Ellen Gracie). (...) (HC 122.229, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe 29/05/2014). Dessarte, não apontado e demonstrado o prejuízo, a tese anulatória deve ser refutada uma vez mais.***

Todo o exposto é corroborado pela jurisprudência dessa Casa de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTOS FALSOS E PECULATO. REVELIA. PLEITO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. COMPARECIMENTO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INÉRCIA DA DEFESA TÉCNICA. ART. 565 DO CPP. DIREITO ABSOLUTO DE PRESENÇA. INEXISTÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Preliminar de preclusão consumativa suscitada pelo Parquet Federal rejeitada.

3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).

4. "O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos." (RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).

5. Dispõe o art. 367 do CPP que "o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo".

6. No caso em exame, o paciente não foi localizado no endereço declinado nos autos para a intimação do interrogatório, o que levou a decretação de sua revelia. Posteriormente na audiência de instrução e julgamento, com a sua presença, nada foi requerido pela defesa técnica acerca do seu interrogatório.

7. Nos termos da legislação processual pátria, não cabe à parte arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (ex vi, art. 565 do CPP).

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 331.634/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 07/02/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO QUALIFICADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE NÃO SUSCITADA EM TEMPO OPORTUNO. PRECLUSÃO. REVELIA EQUIVOCADAMENTE DECRETADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADO.

1. O direito de presença - desdobramento da autodefesa - assegura ao acusado a possibilidade de acompanhar os atos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processuais (o que não pode, de maneira alguma, ser tolhido pelo Estado-juiz), não sendo, contudo, uma obrigação do réu. Precedentes.

2. In casu, o réu, ora paciente, foi regularmente intimado para as audiências que aqui pretende anular (como, aliás, se reconhece na própria inicial deste habeas corpus), mas a elas não compareceu.

Vale ressaltar que na primeira delas, realizada no dia 31/07/2014, o seu defensor, que estava presente, sobre isso não se manifestou nem requereu adiamento.

3. Na segunda assentada, muito embora a ausência do defensor configure nulidade - porquanto a defesa técnica é direito indisponível e irrenunciável do réu, razão pela qual o juiz deveria mesmo ter nomeado defensor ad hoc para acompanhar o ato processual -, é necessário verificar se da pecha decorreu algum prejuízo ao acusado, tendo em vista que, consoante entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, "a demonstração de prejuízo, 'a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas' (HC 85.155/SP, Rel. Ministra Ellen Gracie). (...)" (HC 122.229, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe 29/05/2014).

4. A hipótese vertente não conduz à pretendida anulação, na medida em que na audiência de continuação foram ouvidas apenas as testemunhas arroladas pelo corréu Luiz Fernando, as quais, nos termos do acórdão combatido, não influenciaram na prova (já que se limitaram a fazer considerações sobre o referido corréu). Nem mesmo a decretação da revelia após essa segunda audiência decorreu da ausência de nomeação de defensor ad hoc pelo juízo, mas do não comparecimento, por ato voluntário - já que houve intimação regular - do acusado e de seu defensor ao ato (sendo que o réu também não havia comparecido à primeira audiência).

5. Nas alegações finais, a defesa do ora paciente novamente não alegou qualquer nulidade (como já não havia feito na primeira audiência - na qual o então defensor estava presente). No ponto, aliás, convém sublinhar que "a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que 'a nulidade não suscitada no momento oportuno é impassível de ser arguida através de habeas corpus, no afã de superar a preclusão, sob pena de transformar o writ em sucedâneo da revisão criminal' (RHC 107.758, Rel. Min. Luiz Fux) (...)" (HC 102077, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, DJe 31/03/2014).

6. A alegação de que o processo seria nulo em virtude da ausência da intimação pessoal do réu para tomar conhecimento da sentença condenatória, não servindo, ao caso, a forma editalícia, porquanto conhecido do processo o seu domicílio, não foi apreciada pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Writ parcialmente conhecido e, na parte conhecida, denegado.

(HC 391.103/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE DROGAS. INEFICIÊNCIA DA DEFESA PELA FALTA DE ENTREVISTA RESERVADA DO DEFENSOR COM O ACUSADO. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSÍVEL PELA VIA DO WRIT. AUSÊNCIA DO PACIENTE NA OITIVA DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. INVERSÃO NA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. SISTEMA PRESIDENCIALISTA. INFRINGÊNCIA AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR CARTA PRECATÓRIA. INOCORRÊNCIA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUESTÕES A SEREM ANALISADAS DURANTE O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. RECURSO HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE.

1. Constatado no acórdão impugnado que o direito à entrevista reservada com o defensor constituído ocorreu antes do interrogatório, via carta precatória, motivo pelo qual a falta de comprovação de plano resulta na necessidade de dilação probatória, inadmissível na estreita via do writ.

2. Não restou demonstrado prejuízo à defesa ante o não comparecimento do acusado na audiência, pois o defensor encontrava-se presente durante a audiência.

3. No que tange à inversão da ordem da formulação das testemunhas, lastreada no revogado sistema presidencialista, além de não evidenciar prejuízo, a questão não foi suscitada em momento oportuno, acarretando a preclusão.

4. No tocante à violação ao princípio da identidade física do juiz, em razão do interrogatório do réu ter sido realizada por carta precatória, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentou que o princípio da identidade física do juiz, introduzido no Processo Penal pela Lei 11.719/2008, não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória, porquanto sua adoção "não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei." (CC 99023/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 28/08/2009).

5. As alegações de absolvição, desclassificação e a substituição da pena por restritiva de direitos devem ser examinadas pelo Tribunal local, na via da apelação já interposta, ocasião em que terá a matéria adequado tratamento, reservando-se o habeas corpus para soluções de urgência, notadamente no tema da liberdade.

6. O art. 387, §1º, do Código de Processo Penal - CPP, determina que o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar. Portanto, não sendo apresentado nenhum fundamento para a manutenção da prisão preventiva, é caso de concessão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de habeas corpus.

7. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido, e nesta extensão, provido em parte, para a soltura do recorrente, ROMULO VINICIUS BRITO RODRIGUES, sem prejuízo de nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão processual.

(RHC 71.470/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016)

Aparada essa aresta, cumpre analisar as insurgências remanescentes, que circunscrevem-se ao exame dosimétrico e fixação do regime inicial de cumprimento de penal.

Inicialmente, contesta a defesa o aumento operado em 1/4 operado na primeira fase da dosimetria. Sustenta que houve desproporcionalidade no recrudesimento, devendo a fração ser reduzida ao patamar de 1/10.

Cumprе salientar é firme 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. *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).

Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.

Consta do édito condenatório de primeiro grau (fl. 39):

Em vista do que dispõe o artigo 59 do Código Penal e considerando a **expressiva quantidade de entorpecente apreendido**, fixo a pena base em seis anos de reclusão e seiscentos e vinte cinco dias multa, no mínimo legal. Na segunda fase da fixação da pena, à mingua de atenuantes e agravantes mantenho a pena base tal como originariamente fixada, a qual torno definitiva, a mingua de causas de aumento e de diminuição de pena.

O aresto objurgado consignou (fls. 51/52):

A imposição da basilar no piso, consigne-se, equipararia a conduta do réu àquela do traficante surpreendido com droga de menor potencial lesivo (v.g maconha) e menor volume, num evidente desprezo. Sobre o tema, já assentou o Superior Tribunal de Justiça que "O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida -13 (treze) pedras de 'crack' - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3" (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje de 05-06-12, grifei).

Verifica-se, dessarte, que foram adotados elementos concretos para justificar a primeira fase da dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista, em especial, a quantidade de substância entorpecente envolvida na empreitada criminosa – 998,8g de cocaína (fl. 37) –, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração tais elementos, não se vislumbra manifesta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal a ensejar a concessão da ordem, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- **A quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.**

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.447/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Nos 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. Hipótese em que, atenta a legislação de regência, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis a diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e crack), o que não se mostra desproporcional.

4. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.489/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a invocação da quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.967/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

Na sequência, pretende-se o reconhecimento da confissão espontânea, sob o argumento de que a confissão extrajudicial fora efetivamente utilizada pelo Tribunal *a quo* como um dos fundamentos para amparar o decreto condenatório.

Em primeiro grau, o magistrado sentenciante ressaltou a negativa de autoria pelo réu, óbice à incidência da atenuante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Já a Corte de origem fez constar a confissão extrajudicial como um dos fundamentos para corroborar o decreto construtivo, *verbis*:

Observe-se, inicialmente, que o réu, na Delegacia, admitiu a acusação, afirmando ter recebido a droga de um indivíduo desconhecido minutos antes da abordagem policial, a ser entregue a outra pessoa cujas características também não sabia. Aduziu que seria contatado por tal agente, recebendo a importância de R\$ 500,00 pelo transporte e entrega do entorpecente. Destacou que, no ano de 1.998, foi preso em flagrante no Aeroporto de Guarulhos, quando se identificou como Ndulue Chima. além do que se viu indiciado outras duas vezes com tal nome enquanto cumpria pena no Município de Cajamar/SP (fls. 07). Em juízo, tornou-se revel (fls. 229).

Nesta esteira, registre-se que "é inegável o valor probatório da confissão policial entrosada com outros elementos de convicção" (TJESP, Apelação Criminal nº. 0005974-94.2008.8.26.0274, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, com vasta citação de doutrina e julgados sobre a matéria).

(...)

Na segunda fase da dosimetria, importa salientar que a confissão extrajudicial, além de não ratificada em pretório, como expressou o Excelso Pretório seguidas vezes, mostra-se "inavaliável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante, como no caso subjudice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 9/5/2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011" (STF. HC 102002/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, sem grifo no original).

Não restam dúvidas no sentido de que a confissão extrajudicial fora efetivamente utilizada para integrar os argumentos em prol da condenação do agente. O fato de a admissão dos fatos ter se dado extrajudicialmente, ou mesmo ter sido o acusado preso em flagrante em nada influencia no reconhecimento da atenuante. Importa a contribuição efetiva do réu para o deslinde da persecução criminal. Aliás, a jurisprudência desta Corte tem caminhado para interpretação ampla em relação a aplicabilidade da circunstância legal da confissão espontânea. Mire-se no Enunciado Sumular nº 545 desta Corte:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal.

Imperioso, portanto, o redimensionamento da pena. Antes, porém, passo a analisar as demais divergências em relação ao exame dosimétrico.

Pontua a defesa diversos argumentos a fim de demonstrar o cabimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. O primeiro deles seria a impossibilidade de *reformatio in pejus*, alegando que o Tribunal *a quo* alterou indevidamente a fundamentação esposada pelo Juízo de origem.

Colhe-se da sentença condenatória:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observo que não incide, no caso concreto, a causa de diminuição capitulada no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 já que o teor de fls. 5, 8 e 10 do apenso relativo às **certidões evidenciam que o reu ostenta antecedentes desfavoráveis, pelo que não há falar na referida causa de diminuição de pena.**

Consta do acórdão:

Inquestionável o descabimento da causa de diminuição descrita no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxico. **Primeiro porque se depara com antecedente desabonador ignorado no cálculo da basilar e considerado na sentença como óbice ao privilégio, decorrendo a mácula de condenação pretérita e definitiva por crime idêntico** (fls. 05 e 10 do apenso atinente aos antecedentes, complementadas as informações do feito anterior pela F.A. emitida com lastro em nome antes usado pelo traficante — Ndulue Chima, fls. 26/30 do apenso relativo à "cópia do flagrante").

Noutros termos, exame atento infelizmente não realizado pela Defesa antes de apresentar extensa manifestação indica ter transitado em julgado dia 27-8-1999 a decisão condenatória emitida no processo criminal sob o nº. 1622/1998 (fls. 27 e 30 do apenso atinente à "cópia do flagrante"), daí o antecedente aludido.

Vê-se, ainda, que a Defesa confunde antecedentes com reincidência, ambas as circunstâncias previstas expressamente pelo legislador como colidentes com a minorante em foco.

(...)

Recente decisão da Suprema Corte reforça a sensatez, deixando claro que "3. Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 05 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de Maus Antecedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, ARE 925136 AgR/DF, Relator Ministro EDSON FACHIN, julgado 02-9-2016, grifei e destaquei).

Prevalecesse a tese da Defesa, estar-se-ia equiparando a situação do acusado ao agente de passado sem mácula, em desprezo à individualização da pena.

Por isso mesmo, há poucos dias, destacou-se que, "4. 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. No caso, tendo em vista que o paciente é portador de Maus Antecedentes, de rigor a não aplicação da benesse" (STJ, HC 379747/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 21-02-2017, grifou-se).

O fato de inexistir certidão cartorária delineando a imutabilidade da condenação anterior não beneficia o acusado, isso porque demonstrado o trânsito em julgado pela Folha de Antecedentes antes reportada, tal como já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidiram as Cortes Superiores.

(...)

Sob ângulo diverso, tem-se que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da abordagem do agente, por si sós, indicam a maior periculosidade social da ação, outro obstáculo à incidência da causa de redução de pena (STJ, HC nº 182.359/RJ).

O fato de se considerar a quantidade ou natureza dos entorpecentes na primeira etapa da dosimetria, como é óbvio, não impede que o quadro negativo seja valorado ao se analisar sobre o cabimento do privilégio, porquanto a situação reflete ou repercute em momentos e para fins distintos, sem configurar bis in idem, consoante vários e recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, aí incluídos os julgados acima colacionados.

(...)

Nitidamente foram acrescentados fundamentos a fim de amparar a negativa da redutora em epígrafe. No entanto, nem por isso deve-se reconhecer a violação ao princípio da *non reformatio in pejus*. É que, diante do efeito devolutivo dos recursos, é possível a cognição de toda a matéria pelo Tribunal de origem em sede de apelação, bem como a adoção de fundamentos diversos da sentença, desde que não seja agravada a situação fático-processual do réu no recurso exclusivo da defesa. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte de origem, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena. Não implica, in casu, ofensa ao princípio da non reformatio in pejus, visto que não decorreu agravamento na situação do condenado, o fato de o eg. Tribunal a quo se valer de fundamentos diversos para confirmar a r. sentença condenatória.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1127413/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 21/02/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO INDEFERIDO LIMINARMENTE. ART. 213, CAPUT, C/C OS ARTS. 224, C, 226, I, E 14, II, TODOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A ilegalidade passível de justificar o ajuizamento do habeas corpus após o trânsito em julgado da condenação deve ser manifesta, de constatação evidente. Sem contar que questões relativas ao cálculo da pena não são suscetíveis de apreciação na via do writ, pois depende da valoração de circunstâncias fáticas. Apenas nos casos em que haja infringência patente aos parâmetros legais ou flagrante arbitrariedade do critério adotado nas instâncias ordinárias para o estabelecimento da pena, é possível corrigir-se a dosimetria por meio do remédio heroico.

2. Na espécie, inexistente flagrante coação ilegal a ser reparada nem no que tange à pena-base, nem quanto ao regime imposto, tampouco há falar em reformatio in pejus.

3. Diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o efeito devolutivo da apelação é amplo, permitindo a revisão da dosimetria da pena e a adoção de novos fundamentos a embasar a exasperação da pena-base, em recurso exclusivo da defesa, sem que haja violação do disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, desde que o quantum da pena não ultrapasse aquele fixado anteriormente pelo Magistrado singular.

4. Conforme precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso ao paciente, primário, condenado a pena inferior a 8 anos de reclusão e superior a 4, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

5. No caso, a situação do ora agravante não foi piorada após o julgamento da apelação e há motivação idônea para a imposição do regime fechado, seja pela existência de circunstâncias judiciais negativas, seja pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referência a elemento concreto.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 373.047/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

Nessa linha de intelecção, não há falar em qualquer ilegalidade no tocante ao acréscimo de argumentos pelo Sodalício local.

Quanto ao mérito em si dos fundamentos erigidos para negar o reconhecimento do privilégio, assiste razão à impetrante quando aduz pela ocorrência de *bis in idem* na dupla valoração da quantidade de droga apreendida em duas fases da dosimetria. Ocorre que o afastamento da benesse não se arrima tão somente neste argumento. Tanto o magistrado sentenciante quanto o Tribunal ressaltaram a existência de maus antecedentes em desfavor do apenado, um deles referente a crime idêntico ao ora praticado.

A tentativa de desqualificar os antecedentes pela defesa com fundamento na consecução do período depurador não guarda sintonia com a Jurisprudência dessa Corte.

À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL LEVE E AMEAÇA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA VALORADA NEGATIVAMENTE. MAUS ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CP. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. A despeito de o agravante ter apresentado sua insurgência nas razões de embargos de declaração, o Tribunal de origem não analisou a matéria em questão (valoração negativa dos maus antecedentes do paciente, com base em condenação pretérita cuja pena foi extinta há mais de 5 anos), de forma que seu conhecimento por esta Corte Superior implicaria indevida supressão de instância.

2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em que, à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal (HC n. 346.057/SP, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 12/9/2016).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 367.396/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15/12/2016, DJe 02/02/2017)

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. RECURSOS IDÊNTICOS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA DO SEGUNDO RECURSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO GERADORA DE REINCIDÊNCIA. DECURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, CP). CONCEITO MAIS AMPLO. AGRAVO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

1. A preclusão consumativa obsta o conhecimento do segundo agravo regimental, interposto pela mesma parte, em face da mesma decisão judicial.

2. Reconsiderada a decisão que não conheceu de agravo em recurso especial, em razão da incidência da Súmula 182/STJ.

3. A Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu que as condutas imputadas aos recorrentes caracterizam o tipo previsto no art. 217-A do CP, porque comprovadas a materialidade e autoria do delito, razão pela qual o exame da pretensão de absolvição encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias.

Admite-se o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68, do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

5. O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, transitadas em julgado no curso da ação penal e as atingidas pelo período depurador.

6. Agravo regimental de fls. 653/658 não conhecido e de fls. 647/652 provido para conhecer do agravo em recurso especial e negar-lhe provimento. (AgRg no AREsp 648.374/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016)

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, salvo situações excepcionais, à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

3. É de se manter o entendimento pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o prazo depurador, as condenações anteriores podem ser consideradas como maus antecedentes.

4. Lastreadas nos antecedentes criminais e na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, as instâncias de origem concluíram que o paciente se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual negaram, acertadamente, a redução da pena pela aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, porquanto não preenchidos os requisitos legais para tanto.

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 354.928/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

Embora não se desconheça a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos, nos autos do HC n. 126.315/SP, de relatoria do ilustre Ministro Gilmar Mendes (julgado em 15.9.2015 e publicado em 7.12.2015), no sentido de que ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência e tampouco para respaldar a valoração negativa dos antecedentes, é de ver que o tema não se encontra pacificado no âmbito daquela Corte, sendo objeto de Recurso Extraordinário afetado para julgamento pelo Plenário sob a sistemática da repercussão geral (RE n. 593.818).

Nessa toada, devem ser mantidos os antecedentes arrolados pelas instâncias *a quo*.

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 às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, as instâncias de origem concluíram, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.

- No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R\$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revólver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o Colegiado estadual, com base nas circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 3.481, 89 g de cocaína acondicionadas em 5.696 sacos plásticos transparentes e 79,13 g de maconha acondicionadas em 42 sacos plásticos transparentes (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 384.720/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

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. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. (...) 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 ordinária, com fulcro na quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, 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.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Portanto, a única modificação sobre a reprimenda imposta ao paciente circunscreve-se ao reconhecimento da confissão espontânea.

Mantenho a pena-base no patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, mais o pagamento de 625 dias-multa. Na segunda etapa do exame, reduzo a pena em 1/6 pela incidência da confissão, quantificando-a em 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 520 dias-multa, sanção a qual torna-se definitiva, diante da ausência de causas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aumento/diminuição de pena.

Sobre o regime inicial de cumprimento de pena, nenhuma ilegalidade há de ser reconhecida. Ainda que se considere o período em que o réu permaneceu preso preventivamente, para fins de detração penal, o *quantum* da pena permaneceria em patamar superior a 4 anos de reclusão, sendo adequado o equipamento fechado, eis que presente circunstância judicial negativa (art. 33, §2º, "b", e §3º, do Código Penal). Sem embargo, a detração poderá ser verificada a qualquer tempo pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 66, III, "c", da LEP.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente ao patamar de 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 520 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0239277-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 416.800 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00555342220138260050 555342220138260050

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP0239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THADDEUS CHUKWUKA EZEKEKE

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.