



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.698 - RJ (2011/0200398-7)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : LUCIENE TELLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WESLEY SILVA LIMA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. REGIME MENOS GRAVOSO. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*. ORDEM CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. No vertente caso, o Tribunal *a quo* ao inovar na fundamentação para a não aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, em recurso interposto somente pela defesa, causou prejuízo ao réu, ocasionando a vedada *reformatio in pejus*. Precedentes.

V. Deve ser anulado o acórdão combatido tão-somente no tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, devendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proceder a nova análise, como entender de direito.

VI. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 03 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.698 - RJ (2011/0200398-7)

RELATÓRIO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de WESLEY SILVA LIMA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c.c art. 40, V, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Irresignada a defesa interpôs apelação no Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso para afastar a reincidência, diminuindo a pena para 8 (oito) anos de reclusão, mantendo-se os demais termos da sentença, conforme a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CONDENAÇÕES PELO TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, V, AMBOS DA LEI 11.343/2006). PLEITOS DEFENSIVOS DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SUBSIDIARIAMENTE, NULIDADE DA SENTENÇA POR INOBSERVÂNCIA AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 59 DO CP. REQUER-SE A FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL, AFASTANDO-SE A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V DA LEI Nº 11.343/06, RECONHECENDO-SE, POR OUTRO LADO, A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI DE DROGAS. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CONJUNTO PROBATÓRIO CONSISTENTE PARA UM DECRETO CONDENATÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENO REPARO, APENAS QUANTO AO APELANTE WESLEY, PARA AFASTAR A REINCIDÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DEFENSIVO.

1. A questão preliminar de nulidade processual suscitada pelo apelante Wesley, por não observância dos critérios estabelecidos no art. 59 do CP, não merece ser acolhida, eis que se confunde com o próprio mérito do recurso, pelo que a rejeito.

2. O conjunto probatório inclinou-se no sentido de ratificar os fatos imputados aos Apelantes, como expostos na peça inicial acusatória.

3. Autoria e materialidade delitivas positivadas, pelo auto de prisão em flagrante, laudo de exame de entorpecente, auto de apreensão, além da prova oral produzida, inclusive pelos depoimentos dos policiais que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetuaram a prisão em flagrante.

4. Depoimento de policial que goza de presunção de veracidade. Inteligência do Verbete 70 do E. TJERJ. Nesse sentido, não há que se falar em insuficiência probatória, sendo a prova coligida suficiente a confirmar a condenação.

5. Os acusados praticaram as condutas descritas nos arts. 33, caput, e 40, inc. V, da Lei nº 11.343/2006, porque transportavam no interior de um veículo cinco quilos e oitenta gramas de cocaína em formato de pedras – “crack” - sem autorização legal e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

6. Impende ressaltar que a prisão em flagrante dos acusados ocorreu em Itatiaia, Estado do Rio de Janeiro, já ultrapassada, desta forma, a fronteira entre os Estados da Federação, atraindo, pois, a incidência da causa especial de aumento. Como se vê, não subsiste a alegada precariedade de provas que, ante o firme conjunto de provas produzidas nos autos, afastam, por completo, qualquer causa que exclua a ilicitude ou a culpabilidade dos ora Apelantes, pelo que se rejeita o pleito absolutório.

6. Sem razão, também, a Defesa do apelante Wesley quando pugna pela fixação da pena base em patamar mínimo porquanto, a resposta penal foi bem estabelecida pelo magistrado, estando a reprimenda a merecer, de fato, um aumento acima do seu patamar mínimo legal, considerando a quantidade do entorpecente apreendido.

7. Mostra-se incabível a aplicação do “redutor” previsto no art. 33, § 4º da Lei Antidrogas, pois o transporte e a distribuição de drogas entre Estados da Federação, como na hipótese, evidenciam a existência de uma “organização criminoso” entre distribuidores, transportadores, receptadores e varejistas do material entorpecente.

8. Rejeita-se, também, a pretensão de reconhecimento da confissão e, em consequência a compensação desta com a agravante da reincidência porque, embora tenha confessado, parcialmente, sua participação na empreitada criminoso, o fez sem admitir o dolo, nesse contexto, prevalece o entendimento já consagrado na jurisprudência do E. Superior Tribunal Federal.

9. Houve acerto, ainda, ao incidir a majorante prevista no inciso V do art. 40 da Lei 11.343/06, tendo em vista ter ficado caracterizado o tráfico de entorpecentes interestadual além da própria confissão do réu.

10. Também não merece acolhida os pleitos defensivos de fixação de regime prisional mais brando para cumprimento da pena privativa de liberdade, por absoluta imposição legal.

11. De se ressaltar que em se tratando de crime hediondo, ainda que se admita a progressão de regime, conforme a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, o regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade há de ser o fechado, independentemente do seu quantum, o que não se reputa inconstitucional e nem afronta o princípio da individualização da pena, conforme uníssona Jurisprudência.

12. Razão também não assiste à Defesa quando pleiteia que o apelante Wesley aguarde em liberdade o julgamento do recurso de apelação. O réu foi preso em flagrante por crime gravíssimo, equiparado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo, tendo permanecido preso durante toda a instrução criminal. Além disso, a Lei de Drogas veda a concessão da liberdade provisória.

13. Por outro lado, entendo que não restou configurada a reincidência na medida em que na folha de antecedentes criminais não consta qualquer condenação, com trânsito em julgado, que justifique agravar a pena, razão pela qual a afasto, restando a pena fixada em 8 (oito) anos e 800 (oitocentos) dias multa, mantida no mais a decisão atacada.

Provimento parcial do apelo defensivo de Wesley. (fls. 240/243)

No presente *writ*, o impetrante alega ilegalidade pela não aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, com fundamento apenas no entendimento da Corte estadual de que o paciente participa de organização criminosa. Afirma que o paciente é primário e de bons antecedentes.

Aduz que a causa de diminuição foi aplicada para o corréu, que se encontrava na mesma situação do paciente, contrariando o princípio da isonomia e o artigo 580 do Código de Processo Penal.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela aplicação da redução da pena no grau máximo e fixação de regime inicial aberto, expedindo-se imediatamente o alvará de soltura.

A liminar foi indeferida à fl. 261.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 316/318, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.698 - RJ (2011/0200398-7)

VOTO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de WESLEY SILVA LIMA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c.c art. 40, V, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Irresignada a defesa interpôs apelação no Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso para afastar a reincidência, diminuindo a pena para 8 (oito) anos de reclusão, mantendo-se os demais termos da sentença, conforme acórdão de fls. 231/255.

No presente *writ*, o impetrante alega ilegalidade pela não aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, com fundamento apenas no entendimento da Corte estadual de que o paciente participa de organização criminosa. Afirma que o paciente é primário e de bons antecedentes.

Aduz que a causa de diminuição foi aplicada para o corréu, que se encontrava na mesma situação do paciente, contrariando o princípio da isonomia e o artigo 580 do Código de Processo Penal.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela aplicação da redução da pena no grau máximo e fixação de regime inicial aberto, expedindo-se imediatamente o alvará de soltura.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, constata-se que o julgamento colegiado ocorreu no dia 8.2.2011, tendo o acórdão sido publicado em 15.6.2011, e certificado o trânsito em julgado em 19.8.2011, o que denota não ter a impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-se da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamus, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Em verdade, o reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

Na dosimetria da pena, o Juízo processante afastou a aplicação do redutor de pena para o paciente em razão do reconhecimento da reincidência, nos seguintes termos:

"2º. Fase: Inexistem atenuantes. O réu WESLEY registra condenação anterior, fls. 40/41, sendo então reincidente, considerando que o réu foi definitivamente condenado pelo crime de receptação em 11/11/2005 na 15ª. Vara Criminal de São Paulo (fls.40), a pena de 3 anos e 6 meses, processo 24565/2005. Motivo pelo qual aumento a pena privativa de liberdade de WESLEY em mais um ano, para 08 (oito) anos de reclusão e multa de 800 dias.

(...)

Possível o reconhecimento de causa de diminuição de pena APENAS PARA JHONATHAN, que é primário e não ostenta registro de antecedentes criminais, nos termos do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, motivo pelo qual, considerando as condições pessoais do réu, DIMINUO a pena no máximo legal, 2/3 (dois terços), tornando-as DEFINITIVAS PARA:

(...)

JHONATHAN ERICKSON SILVA - 02 (DOIS) ANOS E 08 (OITO) MESES E 20 (VINTE) DE RECLUSÃO E 272 (DUZENTOS E SETENTA E DOIS) dias multa.

WESLEY SILVA LIMA - 09 (NOVE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO E 933 (NOVECENTOS E TRINTA E TRES) dias multa." (fls. 113/114).

Ao seu turno, o Colegiado de origem, ao negar provimento à apelação, asseverou:

"Sem razão, também, a Defesa do apelante Wesley quando pugna pela fixação da pena base em patamar mínimo porquanto, a resposta penal foi bem estabelecida pelo magistrado, estando a reprimenda a merecer, de fato, um aumento acima do seu patamar mínimo legal, considerando a quantidade do entorpecente apreendido, a saber: 5.080g de cloridrato de cocaína, em formato de pedras, vulgarmente conhecida como "crack", o que vem a atender ao estabelecido do art. 42 da Lei 11.343/06, que determina que o magistrado, no momento da fixação da pena-base atenha-se à natureza, quantidade da substância, bem como à personalidade e conduta social do agente além de atender aos critérios necessidade/suficiência a fim de reprimir e prevenir o nefasto crime de tráfico de entorpecentes, mal da qual a nossa sociedade está se tornando refém.

Mostra-se incabível, portanto, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, pois o transporte e a distribuição de drogas entre Estados da Federação, como na hipótese, evidenciam a existência de uma "organização criminosa" entre distribuidores,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transportadores, receptadores e varejistas do material entorpecente.

Ademais, a diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas somente deve ser aplicada quando todos os requisitos são preenchidos, o que não se verifica in casu, em face do claro envolvimento na atividade de tráfico ilícito de entorpecentes, a despeito de possuir bons antecedentes e ser primário. Destaca-se, aqui, o parecer do Procurador de Justiça, no tocante ao envolvimento na atividade de tráfico: “Isso porque as provas hauridas aos autos processuais dão conta de que o mesmo de fato, se dedica à atividade criminosa, pois parece difícil acreditar que ao mesmo fossem confiados mais de 5 KG de pedras de crack se ele não tivesse experiência no transporte de cargas dessa natureza e não estivesse efetivamente na atividade de traficância.” (fls. 397, sétimo parágrafo).

No mesmo sentido rejeita-se a pretensão de reconhecimento da confissão e, em consequência a compensação desta com a agravante da reincidência porque, embora tenha confessado, parcialmente, sua participação na empreitada criminosa, o fez sem admitir o dolo, nesse contexto, prevalece o entendimento já consagrado na jurisprudência do E. Superior Tribunal Federal, nos termos dos julgados abaixo transcritos, in verbis:

(...)

Assim, nada a prover quanto ao pleito de reconhecimento da confissão e sua compensação com a agravante da reincidência.

Como já dito acima, houve acerto ao incidir a majorante prevista no inciso V do art. 40 da Lei 11.343/06, tendo em vista ter ficado caracterizado o tráfico de entorpecentes interestadual além da própria confissão do réu.

Também não merece acolhida os pleitos defensivos de fixação de regime prisional mais brando para cumprimento da pena privativa de liberdade, por absoluta imposição legal.

É de se ressaltar que em se tratando de crime hediondo, ainda que se admita a progressão de regime, conforme a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, o regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade há de ser o fechado, independentemente do seu quantum, o que não se reputa inconstitucional e nem afronta o princípio da individualização da pena, conforme uníssona Jurisprudência.

Razão também não assiste à Defesa quando pleiteia que o apelante Wesley aguarde em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

Ora, o réu foi preso em flagrante por crime gravíssimo, equiparado a hediondo, tendo permanecido preso durante toda a instrução criminal. Além disso, a Lei de Drogas veda a concessão da liberdade provisória.

Por outro lado, entendo que não restou configurada a reincidência do acusado Wesley Silva e Lima na medida em que na folha de antecedentes criminais não consta qualquer condenação, com trânsito em julgado, que justifique agravar a pena, o que, aliás, foi também observado pelo Parquet, razão pela qual a afasto, restando a pena desse Apelante fixada em 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias multa, mantida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no mais a decisão atacada." (fl. 231/255).

Verifica-se assim que o Colegiado de origem, a despeito de ter afastado o reconhecimento da reincidência, não aplicou a redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, por considerar que o paciente participava de organização criminosa.

Contudo, este fato não foi descrito na sentença condenatória, tampouco foi considerado para afastar a causa especial de redução da pena.

Dessa forma, o Tribunal *a quo* ao inovar na fundamentação para a não aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, em recurso interposto somente pela defesa, causou prejuízo ao réu, ocasionando a vedada *reformatio in pejus*.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. EXISTÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. ACRÉSCIMO ACIMA DO MÍNIMO. FALTA DE JUSTIFICATIVA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO TRAZIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JUSTIFICAR O AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. CORRÉU EM SITUAÇÃO IDÊNTICA À DO PACIENTE. EXTENSÃO DOS EFEITOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte tem proclamado que, em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a adoção de acréscimo acima do mínimo legal faz-se necessária a demonstração da sua necessidade, que não decorre abstratamente do número daquelas causas.

2. Não pode o Tribunal de Justiça inovar na fundamentação trazida na sentença condenatória, em prejuízo do réu, no intuito de justificar o aumento da pena em razão das majorantes do roubo, tendo em vista que somente a defesa apelou, vedada a reformatio in pejus.

3. Considerando que o corrêu da ação penal de que aqui se cuida está em situação idêntica à do paciente, sendo imposta a mesma sanção, mostra-se razoável estender a ele os efeitos desta decisão.

4. Ordem concedida para, reduzindo o coeficiente de aumento relativo às majorantes do roubo em um terço, fixar a pena imposta ao paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 dias-multa, estendendo, de ofício, os efeitos desta decisão ao corrêu Josiclei das Dores Pereira da Silva." (HC 166.095/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/06/2010)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. REGIME INICIAL. PACIENTE EM LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM PREJUDICADA EM PARTE E, NO MAIS, CONCEDIDA.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação do enunciado nº 174 da Súmula deste Sodalício.

2. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

3. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

5. O recurso exclusivo da defesa impede qualquer alteração do disposto na sentença em prejuízo do réu, motivo pelo qual não se admite a complementação, pelo Tribunal a quo, de fundamentação para a majoração da pena-base em razão da presença de mais de uma majorante, sob pena de indevida reformatio in pejus.

6. A concessão de livramento condicional ao paciente pelo Juízo da execução prejudica o writ quanto ao pleito de modificação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em seu desfavor.

7. Ordem julgada prejudicada em parte e, no mais, concedida, para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e, em decorrência da existência de outras duas majorantes, aplicar a fração de 1/3 (um terço), reduzindo as penas privativa de liberdade e de multa fixadas pelo Juízo de primeiro grau."

(HC n 98.238/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 22/3/2010.)

Dessa forma, deve ser afastado o novo fundamento trazido pela Corte Estadual para impedir a aplicação do redutor do § 4º.

Nesse contexto, deve ser concedida a ordem para anular o acórdão combatido tão-somente no tocante à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, devendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proceder a nova análise, como entender de direito.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0200398-7

HC 216.698 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090810080912 80521920098190081

EM MESA

JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCIENE TELLES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : WESLEY SILVA LIMA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.