



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 450.352 - PE (2018/0115214-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : GLEYBSON DE BARROS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A CULPABILIDADE, A CONDUTA SOCIAL, A PERSONALIDADE, OS MOTIVOS, AS CONSEQUÊNCIAS E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. DECOTE DOS REFERIDOS VETORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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 *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A pretensão de absolvição do paciente demanda aprofundada análise do acervo fático-probatório dos autos, tarefa vedada na via estreita do *habeas corpus*. Uma vez que o julgador, de forma fundamentada, entendeu pela condenação, não se admite nova incursão nas razões de decidir das instâncias ordinárias.

– Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico e de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes restaram devidamente caracterizados, afastando-se, assim, a possibilidade de revisão de tal entendimento nesta via.

– A dosimetria da pena é procedimento que expressa um juízo de discricionariedade do julgador, o qual deve estar atrelado às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

– A culpabilidade do acusado foi tida por desfavorável em razão do dolo intenso do paciente, o que tornaria a conduta praticada mais reprovável. Entretanto, a teor da jurisprudência desta Corte, tal fundamentação, por ser vaga e genérica, não constitui elemento idôneo à exasperação da pena-base, pois dissociada de elementos fáticos, aptos a demonstrarem a gravidade concreta do delito.

– A obtenção de obter lucro fácil é motivo inerente ao tráfico ilícito de entorpecentes, de forma que tal fundamento é inidôneo a fundamentar a exasperação da pena-base. O mesmo entendimento se aplica às consequências do crime, quando apenas se indica os danos causados pelas drogas aos consumidores. Precedentes.

– As instâncias ordinárias afirmaram que o paciente possui condenações anteriores pelos crimes de roubo, tráfico e homicídio. Diante disso, na análise do *habeas corpus*, somente seria possível desconstituir o decidido pelas instâncias ordinárias por meio de prova pré-constituída pela defesa, de forma a cabalmente afastar o estabelecido pelas instâncias ordinárias, o que, no caso, não foi feito.

– Nos termos do entendimento consolidado na Quinta Turma desta Corte, a existência de condenação prévia não pode ser utilizada para valorar negativamente a personalidade do agente.

– Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, o comportamento da vítima é circunstância neutra, que apenas deve ser utilizada em favor do réu.

– Na hipótese, evidenciado o constrangimento ilegal pela valoração negativa da tais vetores, deve ser redimensionada a pena-base de forma adequada à prevenção e reprovação do delito.

– O aumento da pena-base, na primeira fase dosimétrica, não se dá a partir de critérios matemáticos, mas, sim, de acordo com a discricionariedade motivada do juiz. Assim, embora a jurisprudência desta Corte recomende o aumento de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente, é possível ao julgador exasperar a reprimenda em patamar superior ao indicado, contanto que o faça motivadamente, com base nas particularidades do caso.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 12 anos de reclusão, e 1.800 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 450.352 - PE (2018/0115214-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : GLEYBSON DE BARROS DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GLEYBSON DE BARROS DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Apelação n. 0008723-34.2007.8.17.0480).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º grau, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, às penas de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.800 dias-multa, conforme sentença de fls. 27/39.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi denegado pelo Tribunal de origem, por acórdão de fls. 45/59.

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, não haver elementos probatórios suficientes a embasar a manutenção da condenação do paciente, tecendo considerações acerca da aplicação, ao caso, do princípio da presunção de inocência, a atrair o disposto no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Aponta, ainda, constrangimento ilegal na exasperação da pena-base acima do mínimo legal, aos fundamentos de que a culpabilidade, os motivos e as consequências foram valoradas negativamente com fundamento em elementos intrínsecos ao tipo, sem a indicação da gravidade concreta da conduta; que o paciente não apresenta maus antecedentes, porquanto não há comprovação da existência de condenações com trânsito em julgado; não há elementos probatórios que desabonem a personalidade do paciente e, quanto ao comportamento da vítima, *para a jurisprudência do STJ e STF, é uma circunstancia judicial que impossibilita aumentar a pena-base* (fl. 15).

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a absolvição do paciente e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subsidiariamente, a redução da pena-base ao mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 76/77 e, por estar devidamente instruída a impetração, dispensou-se o envio de informações.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer exarado às fls. 83/89, opinou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 450.352 - PE (2018/0115214-7)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão, ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade o reconhecimento de constrangimento ilegal na condenação do paciente, e, subsidiariamente, na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, tendo em vista a exasperação da pena-base por fundamentos que aponta a defesa serem inidôneos.

Quanto ao primeiro tema, compulsando os autos, vejo que as instâncias ordinárias embasaram a condenação do paciente em fartos elementos fáticos e probatórios, os quais, detidamente examinados em primeiro e segundo graus de jurisdição, conduziram à conclusão de que o paciente integraria associação criminosa armada voltada à comercialização ilícita de entorpecentes.

Desconstituir tal entendimento, para absolver o paciente, implicaria aprofundado reexame dos fatos e provas carreados aos autos, procedimento que, como é cediço, é incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, caracterizado pela celeridade em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu procedimento.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AUDIÊNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO. INVIABILIDADE. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LAD. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A alegada nulidade, consubstanciada por ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública para audiência, não foi apreciada pelo eg. Tribunal de origem, o que torna inviável o seu exame por esta Corte, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

III - O eg. Tribunal de origem concluiu pela suficiência da prova da materialidade e autoria do crime de associação para o tráfico. Modificar esta conclusão para absolver a paciente demandaria, impreterivelmente, o amplo revolvimento do acervo fático probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

IV - Mantida a condenação pelo delito de associação para o tráfico, fica obstada a aplicação da causa de redução de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Habeas Corpus não conhecido (HC 445.838/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 7/6/2018, DJe 20/6/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. VASTO ACERVO PROBATÓRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AMEALHADO AOS AUTOS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS PARA O DELITO DE ARMAS. INADMISSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ATENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO DEMONSTRAM A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA ESTATAL MAIS INCISIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heroico. Não obstante isso, a condenação da paciente, em todos os delitos que lhe foram imputados, foi lastreada em vasto acervo probatório amealhado ao longo da instrução criminal.

3. 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.

4. No caso, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram 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 a paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, denotando integrar organização criminosa. Assim, desconstituir tal assertiva demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

5. Para se operar a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, previstos no art. 44 do Código Penal.

6. Os requisitos subjetivos não foram atendidos, haja vista as circunstâncias do caso concreto, que demonstram a necessidade de uma resposta estatal mais severa, de modo que a substituição da pena não se mostra recomendável.

7. Habeas Corpus não conhecido (HC 441.434/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

24/4/2018, DJe 7/5/2018).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CRITÉRIO MATEMÁTICO FIXO. CRIMES COM PENAS DIVERSAS. VIOLAÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.

Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Reportando-se a elementos múltiplos de convicção, a sentença considerou a associação estável do paciente para a prática do crime de tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

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

(...)

6. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena do paciente, quanto aos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, para o total de 14 anos, 2 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 2.041 dias-multa, no valor unitário mínimo (HC 385.007/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe 9/4/2018).

Assim, é de ser mantida a condenação do paciente, nos termos da sentença condenatória e do acórdão hostilizado.

No que pertine à dosimetria da pena, deve-se ressaltar que o procedimento insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Na hipótese, o Juízo de 1º grau assim procedeu:

DOSIMETRIA DA PENA - CRITÉRIO TRIFÁSICO DE NELSON HUNGRIA

Culpabilidade

O Código Penal Brasileiro, na análise das circunstâncias judiciais, manda o julgador observar a culpabilidade, quando, na realidade, a verdadeira intenção do legislador foi a de determinar a aferição do grau de culpabilidade, ou seja, o maior ou menor índice de reprovação da conduta do réu. Dessa forma, considero que o réu agiu com altíssimo grau de culpabilidade, dolo intenso de traficar. Logo, circunstância por demais prejudicial.

Antecedentes

Trata-se de réu que tem péssimos antecedentes, eis que já respondeu a processos por delito de roubo, tráfico e homicídio, consoante documento de fl. 28. Portanto, circunstância desfavorável.

Conduta Social

Reconheço como favorável tal circunstância, ante a ausência de elementos em sentido contrário.

Personalidade do agente

Quanto à personalidade, verifico que há nele predisposição para a prática de crimes, pois se trata de um criminoso contumaz. Portanto, prejudicial.

Motivos

O motivo do tráfico é o lucro fácil, à custa do sofrimento alheio. Logo, circunstância favoráveis à atuação do acusado, pois é sempre dificultoso para a polícia coibir tal prática quando o criminoso se esconde atrás da inviolabilidade do domicílio. Note-se que a droga estava na própria casa dos compadres do acusado e a polícia precisou de um trabalho prévio de inteligência para desbaratar a quadrilha. Assim, considero desfavorável tal circunstância.

Consequências do Crime

O delito não gerou maiores consequências, no entanto, não se pode olvidar das consequências danosas que a droga proporciona ao sujeito, mormente a dependência química e psicológica causada, principalmente pelo crack. Portanto, circunstância desfavorável.

Comportamento da vítima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A vítima não contribuiu para a produção do resultado, eis que, neste caso, é toda a sociedade. Por isso, reconheço como desfavorável tal circunstância.

Circunstâncias preponderantes (art. 42 da Lei 11.343/2006)

Reza o referido dispositivo legal que o juiz na fixação da pena levará em consideração as circunstâncias atinentes à natureza e à quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente como preponderantes em relação ao previsto no art. 59 do CP.

As substâncias apreendidas são nocivas à saúde humana (maconha, cocaína e "crack"), mas o "crack", sem dúvida, é uma das mais danosas à saúde eis que a dependência já se faz presente nos primeiros contatos. Demais disso, é uma droga que debilita o organismo e destrói a pessoa viciada.

A quantidade também foi considerável, eis que foram apreendidos 518g de crack, 25g de cocaína, 25g de maconha prensada e 44 papелotes de maconha prontos para consumo.

Consoante já mencionado acima, a personalidade do réu lhe é desfavorável e deve também preponderar em relação ao quantum da pena.

Por fim, a conduta social lhe é favorável e preponderante.

Pena base

O art. 33 da Lei 11.343/2006 fixa para o delito de tráfico de drogas a pena de reclusão de 5(cinco) a 15(quinze) anos, e pagamento de 500(quinhentos) a 1.500(mil e quinhentos) dias-multa, enquanto que o delito de associação para o tráfico tem pena prevista de 3(três) a 10 (dez) anos e multa de 700 a 1.200 dias-multa.

Considerando o acima fundamentado, à luz do art. 59 do CP, considerando o dolo intenso, levando-se em conta ainda as circunstâncias preponderantes, tenho por razoável fixar-lhe a pena base do delito de tráfico em nove anos de reclusão e do delito de associação para o tráfico em cinco anos de reclusão.

Circunstâncias agravantes

Não vislumbro a presença de circunstâncias agravantes.

Circunstâncias atenuantes

Inexistem.

Causas de aumento de pena

Inexistem.

Causas de diminuição de pena

Inexistem.

Pena definitiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Resta finalmente fixada a pena em nove anos de reclusão para o delito de tráfico e cinco anos para o delito de associação para o tráfico, penas essas que deverão ser somadas em cumprimento ao art. 69 (concurso material de crimes) do CP.

Regime inicial de cumprimento da pena

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, fixo o fechado, na Penitenciária Juiz Plácido de Souza ou em outro estabelecimento a critério da execução.

Substituição por restritiva de direitos

Incabível a concessão do benefício do art. 44 do CP, face à quantidade de pena e pela vedação legal (fls. 31/34).

A culpabilidade do acusado, como se lê no trecho destacado, foi tida por desfavorável em razão do dolo intenso do paciente, o que tornaria a conduta praticada por ele mais reprovável. Ora, a teor da jurisprudência desta Corte, tal fundamentação, por ser vaga e genérica, não constitui elemento idôneo à exasperação da pena-base, uma vez que não possui lastro em elementos fáticos, colhidos dos autos, aptos a demonstrarem a gravidade concreta do delito.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXTORSÃO (ART. 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANTECEDENTES.

INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTA STJ. PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de Maus Antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).

2. A jurisprudência deste Sodalício entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada, circunstância não verificada no caso em exame, na medida em que utilizadas considerações abstratas e inerentes ao tipo penal violado para justificar a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 765.504/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 5/10/2017, DJe 11/10/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. MOTIVOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

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

2. A Corte de origem não adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, com relação à culpabilidade, personalidade, conduta social e consequências do crime, motivo pelo qual a sanção imposta deve ser reduzida.

3. A culpabilidade assentada no dolo intenso do acusado, genericamente, não possui aptidão para recrudescimento da sanção, sendo imprescindível a fundamentação lastreada em elementos concretos para aumento da pena-base.

4. Sem motivação concreta a embasar a conclusão de uma personalidade de "homem agressivo e com desvios e que se dedica ao crime", não é possível o aumento da pena na primeira fase, não bastando a prática delitiva para que se entenda pela personalidade como circunstância judicial desfavorável.

5. Sem menção a qualquer fato concreto hábil a demonstrar a conduta social do paciente como merecedora de maior reprovabilidade, não é admitida a repercussão na exasperação da pena-base.

6. As consequências delitivas, reputadas como "nefastas para a sociedade, posto que facilita a disseminação do ilícito, já que praticado em conluio" são inerentes ao tipo penal em foco,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presentes em qualquer associação para o tráfico, de modo que se afiguram genéricas e não possuem aptidão para acréscimo na sanção.

7. A respeito dos motivos, deve ser notado que os crimes de tráfico e associação para o tráfico não se encontram entre os crimes patrimoniais propriamente ditos, mas em sua essência está inserto o intuito lucrativo. Inclusive, esta Corte pacificou o entendimento de que, em tais crimes, não se exaspera pena-base por ser o lucro o motivo para o cometimento do crime.

8. As circunstâncias do crime, quanto ao crime de tráfico de drogas, reputadas como deletérias porquanto o acusado foi de São Paulo a Aracaju unicamente para traficar, não podem sopesar na pena-base. O aumento da pena, na terceira fase da dosimetria, por força da interestadualidade do tráfico - art. 40, V da Lei n.º 11.343/2006, utilizando indevidamente os mesmos fundamentos para dupla majoração da reprimenda, constitui o vedado bis in idem.

9. A quantidade e a natureza da droga apreendida, 1161,2 g de fase líquida e 569,4g de fase sólida, possuem aptidão para incrementar a pena, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

10. As circunstâncias do crime de associação para o tráfico são mais deletérias, posto que fundamentadas em elementos concretos, com destaque para o papel desempenhado pelo paciente na empreitada, eis que além de transportar a droga, ainda exercia domínio sobre as ações de outros componentes do grupo, determinava os pontos de venda e definia os gastos e remessa de dinheiro proveniente de crimes para sua família.

11. Habeas corpus parcialmente concedido, para reduzir a pena total do paciente para 12 (doze) anos e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 1.691 (mil seiscentos e noventa e um) dias-multa (HC 422.413/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe 12/4/2018) - negritei.

Assim, de rigor o afastamento da valoração negativa da culpabilidade do agente.

Em relação aos motivos, de fato, assim como alegado pelo impetrante, são inerentes ao tipo penal incriminador, uma vez que o legislador, quando da cominação das penas referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, já previu, como normal à espécie, o objetivo de obter lucro fácil.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NOS ARTS 12 E 14, C/C ART. 18, INC. I, DA LEI N. 6.368/76. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO VAGA, GENÉRICA E ÍNSITA AO TIPO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

II - Não constitui fundamento idôneo à majoração da pena-base o simples fato de a culpabilidade estar evidenciada "diante da fortíssima reprovação social incidente sobre a conduta do réu que plenamente consciente da ilicitude de seu comportamento, poderia ter se conduzido na conformidade da lei". O mesmo ocorre com os motivos do crime, uma vez que o intuito de lucro fácil é ínsito ao tipo penal de tráfico e associação para o tráfico, bem como as consequências do delito que se baseou na menção ao dano à saúde pública. Precedentes.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 410.956/MA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 13/6/2018).

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CULPABILIDADE. FUNÇÃO DE COMANDO. EXASPERAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES E MOTIVOS DO CRIME. PROCESSOS EM ANDAMENTO E LUCRO FÁCIL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. REDIMENSIONAMENTO. § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. RECURSO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Reconhecida a materialidade e a autoria do delito, a pretensão de ser absolvido em recurso especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. A dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, atentando-se para as singularidades do caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto, o quantum ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

2. Nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena em sede de recurso especial é admissível apenas diante de ilegalidade flagrante, como se verifica na espécie.

*3. O fato do acusado ter comandado o tráfico de dentro do sistema carcerário demonstra a maior reprovabilidade da conduta, podendo ser considerado fundamento idôneo para se majorar a pena-base. **Todavia, ações penais em curso e o lucro fácil não são aptos para negativar os antecedentes criminais e o motivo do crime.***

5. Reconhecida a dedicação a atividades criminosas, afasta-se a incidência do tráfico privilegiado.

6. Definitivamente fixada a pena privativa de liberdade acima de 4 anos de reclusão, fica impossibilitada a sua conversão por restritiva de direitos, por não preencher o requisito objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal. 7. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta (AgRg no AREsp 500.028/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

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

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

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

5. No que tange à diversidade das drogas apreendidas, observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que esse argumento é válido para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assenta justamente a preponderância da quantidade, nocividade e diversidade da droga como circunstância judicial.

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente (HC 406.467/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017) - negritei.

Por esse motivo, também deve-se afastar o desabono de referida circunstância judicial.

O mesmo se aplica aos fundamentos apresentados em relação às consequências do crime, os quais se referem a elementos inerentes ao tipo penal, quando mencionam as consequências danosas das drogas traficadas aos consumidores, mormente quando considerado que a natureza da droga apreendida (*crack*) foi utilizada para exasperar a pena do acusado em outro momento dosimétrico, por força do artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

Quanto aos antecedentes, por sua vez, as instâncias ordinárias afirmaram que o paciente possui condenações anteriores pelos crimes de roubo, tráfico e homicídio.

Entretanto, nesta via estreita do *habeas corpus*, somente seria possível deconstituir o decidido pelas instâncias ordinárias por meio de prova pré-constituída pela defesa, de forma a cabalmente afastar o estabelecido pelas instâncias ordinárias, o que, no caso, não foi feito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA NÃO VERACIDADE DO AFIRMADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ÔNUS DA IMPETRANTE. LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE UMA COMO VETORIAL NEGATIVA E OUTRA COMO REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. O Magistrado sentenciante, corroborado pelo Tribunal a quo, afirmou que o réu possui duas condenações transitadas em julgado, e as certidões de objeto e pé constantes dos autos (fls. 49 e 50) indicam a veracidade dessa assertiva, que somente poderia ser afastada por esta Corte Superior de Justiça, na estreita via do writ, caso a impetrante trouxesse provas pré-constituídas do alegado, o que não ocorreu.

2. É pacífico o entendimento da Sexta Turma desta Corte no sentido de que não é ilegal e tampouco configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para consideração desfavorável dos antecedentes, da personalidade, da conduta social e aplicação da agravante da reincidência (AgRg no REsp n. 1.696.116/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/12/2017).

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 377.356/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 8/2/2018, DJe 19/2/2018).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. PETRECHOS PARA O TRÁFICO. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Processo Penal.

III - In casu, a decisão do juiz singular encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, uma vez que devidamente fundamentada em elementos extraídos dos autos, a evidenciar a necessidade de garantia da ordem pública, notadamente, se considerada a quantidade, nocividade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente (16 gramas de maconha e 138 gramas de cocaína), em conjunto com uma balança de precisão e uma arma de fogo, circunstâncias indicativas de um envolvimento estreito com o tráfico de drogas e que revelam a indispensabilidade da imposição da medida extrema.

IV - Outrossim, a prisão preventiva para assegurar a ordem pública se legitima nos registros de passagens criminais anteriores do paciente, ainda que sem trânsito em julgado, que tornam patente o risco concreto de reiteração delitiva e apontam para a sua periculosidade social.

V - Para infirmar a asserção de que o ora paciente responde a diversos outros processos na justiça criminal, seria imprescindível o revolvimento fático, a que a via estreita, de cognição sumária, do writ não se presta. A Defesa, aliás, não fez juntar aos autos cópia da folha de antecedentes do paciente ou outra espécie de prova pré-constituída que bastasse para desconstituir o juízo de fato encampado pelas instâncias ordinárias.

VI - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão, se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Habeas corpus não conhecido (HC 389.197/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe 26/4/2017) - negritei.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA EM PRONÚNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Súmula n.º 182 desta Corte).

2. Cabe ao impetrante o esboço do aparelhamento do habeas corpus, bem como do recurso ordinário dele originado, indicando,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por meio de prova pré-constituída, o constrangimento ilegal alegado.

3. *É inviável divisar, de forma meridiana, a alegação de constrangimento, diante da instrução deficiente dos autos, no qual se deixou de coligir cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, documento imprescindível à plena compreensão dos fatos aduzidos no presente recurso.*

4. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no RHC 48.939/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 23/4/2015)

Em relação à personalidade do agente, deve-se destacar o entendimento consolidado na Quinta Turma desta Corte no sentido de que a existência de condenação prévia não pode ser utilizada para valorar negativamente a personalidade do agente.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. APLICAÇÃO DA MENORIDADE RELATIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. INERENTE AO DOLO. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE DETURPADA. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSEQUÊNCIAS GRAVES. MORTE DE PROVEDOR DA FAMÍLIA. REDUÇÃO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

2. *A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.*

(...)

6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

(...)

8. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. No caso, a atuação do paciente em atrair a vítima e lhe desferir uma paulada na cabeça pelas costas denota extrema frieza e desprezo pela vida humana, circunstâncias aptas a vislumbrar personalidade criminosa do agente, sendo, pois, correta a conclusão das instâncias ordinárias nesse ponto.

9. Quanto às consequências do crime, considera-se idônea a valoração do impacto familiar causado pela morte de seu provedor, porque ultrapassa o fato da perda de um ente familiar, hipótese que seria inerente ao tipo penal.

10. As circunstâncias do crime, por sua vez, são dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, que não integram a estrutura do tipo penal. Na hipótese, as instâncias ordinárias constataram corretamente que o fato de ter sido o crime de latrocínio consumado por meio de pauladas, estrangulamento e tiros, que causaram a morte da vítima, são circunstâncias que extrapolam o que usualmente se espera para chegar ao resultado morte.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 25 anos e 8 meses de reclusão (HC 410.047/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018) - negritei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL. ANÁLISE DESFAVORÁVEL COM BASE EM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

II - Desse modo, há que ser reconhecida a fragilidade das razões declinadas para o incremento da básica, devendo, portanto, ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantido o decote do aumento pela valoração negativa do referido vetor.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 406.374/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 8/5/2018).

Outrossim, segundo o entendimento desta Corte, o comportamento da vítima é circunstância neutra, que apenas deve ser utilizada em favor do réu.

Assim:

AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE EXTENSÃO EM HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. NEUTRO. NÃO VALORADO NEGATIVAMENTE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - A jurisprudência dessa Corte pacificou o entendimento no sentido de que o comportamento da vítima é circunstância neutra que apenas deve ser utilizada em favor do réu.

II - In casu, as instâncias ordinárias, diferentemente do que se deu com o corrêu, não valoraram a circunstância judicial relativa ao comportamento da vítima em desfavor do réu, ora recorrente, de modo que é carecedor de interesse de agir no pedido de extensão do efeitos da ordem concedida.

III - Ausente o interesse de agir, forçoso é o não conhecimento do pedido de extensão dos efeitos da concessão do writ em favor de corrêu.

Agravo Regimental desprovido (AgRg no PExt no HC 331.052/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 23/5/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VETORIAL NEUTRA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL REPUTADA FAVORÁVEL.

1. Este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o comportamento neutro da vítima não pode ser considerado como desfavorável ao réu na dosimetria da pena (HC 299.548/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 29/10/2015).

2. Agravo desprovido (AgInt no REsp 1672642/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 25/5/2018).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. ART. 288, PAR. ÚNICO, DO CP. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEUTRA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO EM DESFAVOR DO RÉU.

1. É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não serve de fundamento hábil a justificar a majoração da pena-base o comportamento da vítima, pois se cuida de circunstância neutra ou favorável ao réu. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1687593/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1º/3/2018, DJe 12/3/2018).

Destarte, subsistem como circunstâncias judiciais desfavoráveis apenas a natureza e quantidade das drogas apreendidas e os antecedentes do acusado, de forma que deve ser feita nova dosimetria da pena.

Importa enfatizar, acerca do tema, que o aumento da pena-base, na primeira fase dosimétrica, não se dá a partir de critérios matemáticos, mas, sim, de acordo com a discricionariedade motivada do juiz. Assim, embora a jurisprudência desta Corte recomende o aumento de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente, é possível ao julgador exasperar a reprimenda em patamar superior ao indicado, contanto que o faça motivadamente, com base nas particularidades do caso.

Nesse sentido:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MAJORAÇÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Esta Corte Superior de Justiça consagrou a fração de 1/6 (um sexto) como parâmetro para o aumento da pena-base por cada vetorial considerada negativa, a qual pode ser superada, desde que a gravidade em concreto do delito assim recomende.

2. Na hipótese, a Corte de origem exasperou a reprimenda básica 1



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ano acima do mínimo legal pela negativação das consequências do crime, tendo em vista que a conduta dos acusados causou o desvio de mais 4.027.563 kg de grãos pertencentes à CONAB, prejudicando a execução da política nacional de abastecimento alimentar.

3. Dessa forma, não há que se falar em desproporcionalidade, pois a exasperação acima de 1/6 (um sexto) foi devidamente fundamentada pelas instâncias de origem.

4. Embargos declaratórios acolhidos, sem efeitos modificativos (EDcl no AgRg no AREsp 528.420/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018) - negritei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência do STJ.

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R\$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido (AgInt no HC 377.446/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em (6/4/2017, DJe 20/4/2017) - negritei.

No caso, tendo em vista os antecedentes criminais apresentados pelo paciente, bem como em razão da considerável quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos (518g de crack; 25g de cocaína e 25g de maconha prensada e 44



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

papelotes de maconha), entendo adequadas à prevenção e reprovação do delito a fixação das penas-base em 7 anos e 6 meses de reclusão, e 750 dias-multa para o crime de tráfico, e 4 anos e 6 meses de reclusão e 1.050 dias-multa, em relação ao crime de associação para o tráfico.

Torno referidas reprimendas definitivas, à ausências de agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento ou diminuição.

Considerando-se o concurso material entre os delitos, a pena do paciente totaliza 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.800 dias-multa.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para diminuir **as penas aplicadas ao paciente, pela prática dos delitos de tráfico e associação para o tráfico de drogas, para 12 anos de reclusão e 1.800 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.**

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0115214-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 450.352 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087233420078170480 21320070058627 87233420078170480

EM MESA

JULGADO: 27/11/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	: GLEYBSON DE BARROS DA SILVA
CORRÉU	: WANDERLEY VICENTE DA SILVA
CORRÉU	: ALANDERLAN DOS SANTOS CERQUEIRA
CORRÉU	: VIVIANE MONTEIRO SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.