



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.097 - CE (2017/0028927-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA
ADVOGADO : PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA - RN009654
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : DEIJAIR DE SOUZA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : CAMILA MIRANDA VIDIGAL - DF039398

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. (I) DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. (II) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS AFASTADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DA REPRIMENDA BÁSICA. ILEGALIDADE. (III) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado – 101,7kg (cento e um quilos e setecentos gramas) de cocaína.

3. Na sentença, além da quantidade e qualidade dos estupefacientes encontrados, foi considerada desfavorável a circunstância judicial referente aos antecedentes. Entretanto, na análise do *habeas corpus* impetrado pela defesa, a Corte de origem afastou a mencionada circunstância judicial, mantendo apenas a consideração negativa referente à quantidade e qualidade dos materiais tóxicos apreendidos. Nesse contexto, imperiosa seria a redução proporcional da reprimenda básica. Não obstante, o colegiado manteve o mesmo patamar de aumento estabelecido pelo magistrado sentenciante, situação de manifesto constrangimento ilegal. Precedentes.

4. Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. Precedentes.

5. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, sobretudo da mesma espécie de delito, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena-base relativa do crime de tráfico de entorpecentes e estabelecer a sanção definitiva em 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, além da pena pecuniária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantido, no mais, o acórdão estadual.

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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 04 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.097 - CE (2017/0028927-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA
ADVOGADO : PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA - RN009654
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : DEIJAIR DE SOUZA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : CAMILA MIRANDA VIDIGAL - DF039398

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de DEIJAIR DE SOUZA SILVA, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (HC n. 0623280-50.2016.8.06.0000).

Foi o paciente – e outros três corréus – denunciado pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006, bem como no art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

Nos termos da peça acusatória, no dia 22 de março de 2013, durante operação de rotina deflagrada por policiais federais, foi apreendida na mala do corréu TIAGO COSTA ARAÚJO, a exorbitante quantia de R\$ 300.800,00 (trezentos mil e oitocentos reais).

O referido corréu passou a ser monitorado, constatando-se sua presença constante na cidade de Fortaleza, bem como a utilização de vários veículos para se transportar, inclusive carros de luxo.

No dia dos fatos, no período da tarde, as equipes que já estavam monitorando o mencionado corréu verificaram que TIAGO estava conduzindo o veículo de luxo DISCOVERY em direção ao aeroporto, quando passou a ser seguido por um FIESTA vermelho, próximo a um galpão também objeto da investigação. Outra equipe, que seguia o corréu CARLOS, informou que ele provavelmente estaria se dirigindo para o mesmo destino. Assim, sabendo da reunião dos investigados no referido local, os agentes decidiram cercar o local e esperar que alguém abrisse o portão para realizarem a abordagem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dez minutos após o cerco, o corréu TIAGO abriu o portão e foi em direção ao veículo DISCOVERY, instante em que foi imediatamente abordado pelos agentes. Aqueles que ficaram no interior do galpão tentaram fechar o portão e impedir a entrada dos agentes no local, porém não lograram êxito, pois os policiais federais entraram no local e encontraram ali o paciente DEJAIR e o corréu CARLOS, bem como grande parte do total da droga apreendida. No interior do veículo DISCOVERY foi encontrado o restante da droga apreendida durante a operação, **que resultou na retirada de circulação de um total de 101,7kg (cento e um quilos e setecentos gramas) de COCAÍNA, acondicionados em forma de tijolos, envoltos em filme de PVC transparente.**

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado, pelo crime de tráfico de entorpecentes, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, mais o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa; pelo delito de porte ilegal de arma de fogo foi aplicada a sanção de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais o pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Somadas as penas, foi fixado o regime inicial fechado, nos moldes do art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

O Tribunal de Justiça não conheceu do remédio constitucional.

Em 28 de outubro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão monocrática de minha lavra, determinou ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará a análise do mérito do *writ* originário.

Nesse contexto, em 8 de fevereiro de 2017, os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara de Direito Criminal, à unanimidade de votos, concederam em parte a ordem para reduzir as penas, relativamente aos crimes do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e do art. 14 da Lei n. 10.826/2003, respectivamente, para 7 (sete) anos de reclusão e 2 (dois) anos de reclusão, totalizando 9 (nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 32/35):

PENAL – PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006, E ART. 14, DA LEI Nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10.826/2003) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – JULGAMENTO DO PRESENTE WRIT NA DATA DE 21 DE JUNHO DE 2016 – ORDEM NÃO CONHECIDA POR SER UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HC 362.451/CE, DATADA DE 28 DE OUTUBRO DE 2016, DETERMINANDO QUE ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA APRECIE O MÉRITO DO MANDAMUS – ALEGAÇÃO DE QUE É INIDÔNEA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – IMPROCEDÊNCIA – PENA-BASE FIXADA EM 7 ANOS – 101,7 KG DE “COCAÍNA” – DROGA DE NATUREZA DELETÉRIA E EM QUANTIDADE SIGNIFICATIVA – INTELIGÊNCIA DO ART. 42, DA LEI Nº 11.343/2006 – ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE FAZ JUS À MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – IMPROCEDÊNCIA – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – PACIENTE QUE RESPONDE A OUTRAS TRÊS AÇÕES PENAIS – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ALEGAÇÃO DE QUE HOVE ERRO NO ARBITRAMENTO DA PENA-BASE PELO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – OCORRÊNCIA – EQUÍVOCO DO MAGISTRADO QUANTO AO PATAMAR MÍNIMO PREVISTO PARA O TIPO PENAL – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO APLICADA NESTA SEDE EM VIRTUDE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PENA PELO PORTE REDUZIDA DE 2 ANOS E 9 MESES PARA 2 ANOS DE RECLUSÃO – INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS – PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM – WRIT PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. A insurgência sub examine pauta-se, em suma, nas seguintes assertivas: a) que o paciente faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não havendo pronunciamento do Juízo impetrado a esse respeito na sentença condenatória;

b) ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal; e c) erro no arbitramento da pena-base pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, devendo ser ajustada a dosimetria nos termos do art. 14, da Lei nº 10.826/2003, inclusive, com o reconhecimento da atenuante da confissão.

2. A presente irresignação cinge-se a aspectos da dosimetria da pena imposta ao réu/paciente na sentença impugnada, e, embora tenha ele também interposto recurso de apelação criminal em face daquele decisum (processo nº 0045239-31.2013.8.06.0001), o exame das matérias arguidas neste habeas corpus se dá em estrita observância à decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça proferida no HC nº 362.451-CE.

3. Relativamente ao crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006, no arbitramento da pena-base, o Magistrado de primeira instância entendeu desfavoráveis ao réu/paciente seus antecedentes criminais e as circunstâncias do crime, destacando a quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida (101,7 kg cento e um vírgula sete quilogramas de 'cocaína').

4. A despeito de não constar dos autos a certidão de antecedentes criminais do paciente, o Juízo impetrado refere que ele registra antecedentes pelos crimes de roubo, tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, constando do sistema de consulta processual informatizado deste Sodalício que, afora a ação penal de origem, o paciente Dejair de Souza Silva figura como réu nas seguintes ações: processo nº 0005123-67.2006.8.06.0117 acusação da prática do crime de homicídio qualificado, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; processo nº 0002454-07.2007.8.06.0117 acusação da prática do crime de roubo, em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; e processo nº 0000297-27.2008.8.06.0117 acusação da prática do crime de tráfico de drogas, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú.

5. Não se verifica com relação às referidas ações penais, em desfavor do paciente, condenação com trânsito em julgado anterior à prolação da sentença ora impugnada, não sendo possível utilizá-las, portanto, para reputar desfavoráveis os antecedentes criminais do réu, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça ('é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base').

6. Malgrado a referência indevida às ações penais que tramitam atualmente contra o réu/paciente, considerando não apenas a significativa quantidade de droga apreendida, mas também sua natureza deletéria, com intensa capacidade para provocar dependência química, não diviso, nos estritos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/2006, que seja desproporcional ou demasiada a elevação da pena-base 2 (dois) anos acima do mínimo legal, operada pelo Juízo monocrático, estando, pois, justificado o quantum fixado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

7. O arbitramento da pena-base configura ato de discricionariedade juridicamente vinculada do julgador, devendo ser adotada a quantidade de pena suficiente para que sejam atingidas as finalidades de prevenção e reprovação do crime, tendo-se em conta as circunstâncias concretamente verificadas, com preponderância para a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do réu.

8. Há nos autos substrato fático-jurídico bastante para legitimar a pena de 7 (sete) anos de reclusão, imposta ao réu/paciente por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo falar em ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

9. No que concerne à alegação de que o paciente faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, melhor sorte não assiste à impetrante, porquanto absolutamente inviável a aplicação da minorante ao acusado, em virtude de não estarem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atendidos todos os requisitos exigidos no dispositivo sob comento, isso porque o paciente responde a outras três ações penais por fatos anteriores àquele pelo qual restou condenado na ação de origem, havendo, assim, indicativos concretos de que exhibe comportamento voltado à prática de atividades criminosas, malferindo o escopo colimado na benesse legal e afastando a possibilidade de sua aplicação na hipótese.

10. Diferente do que ocorre quanto à majoração da pena-base, a avaliação acerca da dedicação do sentenciado à atividade criminosa prescinde da existência contra si de sentença penal condenatória transitada em julgado, podendo ser verificada por meio de outros elementos de convicção idôneos, tais como o fato de o acusado responder a outras ações criminais, restando, em vista disso, obstada a incidência da causa de diminuição constante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

11. Assiste razão à impetrante ao afirmar que houve erro no arbitramento da pena-base pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, visto que o Juiz de primeiro grau afirmou textualmente que fixava a pena-base pelo referido delito no mínimo legal, estabelecendo-a em 3 (três) anos de reclusão e a reduzindo em 3 (três) meses, em virtude do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

12. Exsurge claro o equívoco do Magistrado, na medida em que o réu/paciente foi condenado nas tenazes do crime estatuído no art. 14, da Lei nº 10.826/2003, cuja pena mínima prevista é de 2 (dois) anos, sendo forçoso proceder à correção na pena-base cominada na sentença, a qual fixo em 2 (dois) anos de reclusão.

13. Não obstante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em favor do réu, a redução da pena aquém do patamar mínimo previsto para o tipo é obstada pelo teor da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

14. Em que pese a acusação não tenha recorrido quanto à inobservância pelo Juízo a quo do disposto na Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, não diviso na hipótese ofensa ao princípio da non reformatio in pejus, que determina que a pena do réu não poderá ser agravada quando somente ele houver apelado da sentença (ex vi do art. 617, do Código de Processo Penal), uma vez que a situação do paciente não foi agravada, ao contrário, sua pena restou diminuída de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses para 2 (dois) anos de reclusão.

15. Tendo em vista que o somatório das penas privativas de liberdade impostas ao réu/paciente totaliza 9 (nove) anos de reclusão; considerando, ainda, as circunstâncias da prática do crime de tráfico de drogas, e, bem assim, a natureza e quantidade da droga apreendida, mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º, 'a', e 3º, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, e do art. 42, da Lei nº 11.343/2006.

16. Observo, por derradeiro, que o exame de mérito do recurso de apelação criminal interposto pelo réu/paciente (processo nº 0045239-31.2013.8.06.0001) resta prejudicado no tocante aos pontos especificamente tratados no writ sub examine, mormente por ser vedado ao mesmo órgão fracionário deste Tribunal de Justiça reapreciar matérias que já foram objeto de sua deliberação.

17. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela parcial concessão da ordem.

18. Habeas corpus conhecido e parcialmente concedido. Decisão unânime.

No Superior Tribunal de Justiça, esclarece a defesa que o magistrado sentenciante "reconheceu a primariedade do paciente, bem como que este não fazia parte de organização criminosa e nem de associação ao tráfico, tão pouco ser contumaz na prática da traficância, portanto, não poderia o Egrégio Tribunal, ora autoridade coatora, mencionar que a quantidade de droga apreendida indicaria envolvimento significativo do paciente em atividades criminosas, não pode ser admitido que sejam adicionados novos fundamentos para agravar a situação do paciente, sendo inviável a prática do reforço argumentativo" (e-STJ fl. 2).

Reverbera, outrossim, que a jurisprudência desta Casa "é uníssona em não admitir a existência do mesmo argumento que exacerbou a pena-base para a negativa do redutor do parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06" (e-STJ fl. 19). Sublinha entretanto que, na espécie, a autoridade apontada como coatora "não escolheu em qual das fases da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga deveriam ser consideradas, mas sim valorou as mesmas circunstâncias duas vezes, logo caracterizado o *bis in idem*" (e-STJ fl. 24).

Assere, ademais, que ao estabelecer a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante "utilizou elementos que já são intrínsecos ao tipo penal para valorar negativamente as circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, consequentemente para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Elementos estes já valorados pelo legislador quando do estabelecimento da pena em abstrato. Sendo necessário que o magistrado declinasse motivação concreta pela qual entende existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis" (e-STJ fl. 24).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pede, liminar e definitivamente, a aplicação da causa especial de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal, notadamente considerando o disposto no enunciado n. 444 da Súmula desta Casa.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 212/217).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 222/231).

Sobre o pedido que nos foi formulado, assim se manifestou o Ministério Público Federal (e-STJ fls. 234/237):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003).

ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NA DOSIMETRIA, QUANTO À CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA EM DUAS FASES DA APLICAÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA.

ART. 42 DA LEI 11.343/06. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REFERÊNCIA SOMENTE NA PRIMEIRA ETAPA DO CÁLCULO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 MANTIDA AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.097 - CE (2017/0028927-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Na espécie, o magistrado singular, ao condenar o paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, fixou a pena-base acima do mínimo legal por considerar desfavorável as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes e às circunstâncias do crime. Logo, a sanção básica foi estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

Confira-se o seguinte trecho da r. sentença (e-STJ fls. 104/105):

*Considerando as diretrizes do artigo 59 Código Penal C/C artigo 42 LEI Nº 11.343/2006, que os réus agiram com a culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; são tecnicamente primários, sendo que TIAGO COSTA DE ARAÚJO E **DEIJAR DE SOUZA SILVA**, registram antecedentes criminais, o primeiro por CRIME DE ESTELIONATO e o segundo por ROUBO, TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA; quanto a personalidade e conduta social pelos elementos de provas trazidos aos autos não é possível aferi-los; a motivação do crime é absolutamente identificável como o desiderato ou desejo de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal, sendo que as circunstâncias judiciais lhe são amplamente desfavoráveis, em virtude não só da elevada quantidade de droga apreendida, mais de 100KG (CEM QUILOGRAMAS); as consequências do crime são desconhecidas, tendo em vista que não se chegou a confirmação do exato tempo em que ele comercializava drogas ilícitas, daí porque não há falar-se em comportamento de vítimas; final mente, inexistem dados para aferir a situação sócio-econômica do réu.*

[...]

Em relação ao delatado DEIJAIR DE SOUZA SILVA quanto ao CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, fixo-lhe a pena em 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 800 (OITOCENTOS) DIAS-MULTA NO VALOR UNITÁRIO DE 1/30º DO SALÁRIO MÍNIMO AO TEMPO DO CRIME, penas que torno concretas e definitivas face a ausência de causas de diminuição ou aumento.

A Corte de origem, para manter a pena-base acima do mínimo legal, apresentou estas justificativas (e-STJ fls. 37/39):

Conforme se percebe do excerto, relativamente ao crime previsto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no arbitramento da pena-base, o Magistrado de primeira instância entendeu desfavoráveis ao réu/paciente seus antecedentes criminais (Deijair de Souza Silva registra antecedentes criminais por roubo, tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo) e as circunstâncias do crime, destacando a quantidade da droga apreendida (mais de cem quilogramas: 101,7 kg cento e um vírgula sete quilogramas de "cocaína").

Acerca dos antecedentes do paciente, a despeito de não constar dos autos a respectiva certidão de antecedentes criminais, o Juízo impetrado refere que o sentenciado registra antecedentes pelos crimes de roubo, tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, constando do sistema de consulta processual informatizado deste Sodalício que, afora a ação penal de origem, o paciente Deijair de Souza Silva figura como réu nas seguintes ações: processo nº 0005123-67.2006.8.06.0117 acusação da prática do crime de homicídio qualificado, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; processo nº 0002454-07.2007.8.06.0117 acusação da prática do crime de roubo, em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; e processo nº 0000297-27.2008.8.06.0117 acusação da prática do crime de tráfico de drogas, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú.

Não se verifica com relação às referidas ações penais, em desfavor do paciente, condenação com trânsito em julgado anterior à prolação da sentença ora impugnada, não sendo possível utilizá-las, portanto, para reputar desfavoráveis os antecedentes criminais do réu, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça ('é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base').

Todavia, merece relevo a ponderação do Judicante com relação às circunstâncias da prática do crime: tráfico de 101,7 kg (cento e um vírgula sete quilogramas) de 'cocaína'.

Preconiza o art. 42, da Lei nº 11.343/2006 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'.

Malgrado a referência indevida às ações penais que tramitam atualmente contra o réu/paciente, considerando não apenas a significativa quantidade de droga apreendida, mas também sua natureza deletéria, com intensa capacidade para provocar dependência química, não diviso, nos estritos termos do dispositivo supra, que seja desproporcional ou demasiada a elevação da pena-base 2 (dois) anos acima do mínimo legal, operada pelo Juízo monocrático, estando, pois, justificado o quantum fixado para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Importante destacar, outrossim, que o arbitramento da pena-base configura ato de discricionariedade juridicamente vinculada do julgador, devendo ser adotada a quantidade de pena suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para que sejam atingidas as finalidades de prevenção e repressão do crime, tendo-se em conta as circunstâncias concretamente verificadas, com preponderância para a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do réu.

Desse modo, há nos autos substrato fático-jurídico bastante para legitimar a pena de 7 (sete) anos de reclusão, imposta ao réu/paciente por infração ao art. 33, caput, da Lei de nº 11.343/2006, não havendo falar em ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Praticada a infração penal, surge para o Estado o direito de aplicar a sanção penal abstratamente cominada, modo de retribuir o mal causado pelo acusado e meio supostamente eficiente de evitar a reincidência. Nesse tear, demanda-se a estrita observância do devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que aplica ao acusado a reprimenda individualizada de acordo com a gravidade do delito e com as condições pessoais do sentenciado.

A primeira etapa de fixação da reprimenda, como é cediço, tem como objetivo estabelecer a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado descrito do tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

Nesse palmilhar, diante do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, parece-me suficiente a motivar a exasperação da pena-base a menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado – 101,7kg (cento e um quilos e setecentos gramas) de cocaína –, porquanto bastante a diferenciar a situação retratada no processo em desfile da apreensão de outros materiais tóxicos igualmente capazes de configurar o delito de tráfico de entorpecentes.

Não constitui demasia enfatizar, no particular, que "como se trata de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode equiparar a conduta daquele indivíduo que é flagrado trazendo consigo um quilograma de maconha com a daquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que esta droga tem um caráter viciante e destrutivo bem mais elevado que aquela" (LIMA. Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Juspodivm. Salvador. 2015. p. 808).

A jurisprudência desta Casa é pacífica nesse sentido.

Vejam-se, a propósito, os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Mostra-se devido o aumento da pena-base em razão da elevada quantidade de drogas apreendidas - 7,615 kg (sete quilos, seiscentos e quinze gramas) de cocaína -, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

6. *Recurso especial parcialmente provido, a fim de aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do recorrente para 2 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa.*

(REsp 1294278/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 12/04/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, o Juízo de primeira instância apontou elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, haja vista que a empreitada criminosa envolveu cocaína e crack, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios. Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.**

[...]

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n.º 0007537-29.2014.8.26.0302, para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*

(HC 354.611/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/08/2016, grifei.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 231 DO STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CAUSA DE AUMENTO PELA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (3,5kg de cocaína).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 487.774/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 28/08/2015, grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, consoante se observa dos trechos acima transcritos, na sentença, além da quantidade e qualidade dos entorpecentes encontrados, foi considerada desfavorável a circunstância judicial referente aos antecedentes.

Na análise do remédio constitucional impetrado pela defesa, a Corte de origem afastou a consideração desfavorável dos antecedentes, nos moldes do enunciado 444 da Súmula desta Casa, mantendo somente a consideração negativa relativa à quantidade e qualidade dos materiais tóxicos apreendidos.

Sendo assim, afastada pelo colegiado local uma circunstância judicial negativa reconhecida no édito condenatório, imperiosa seria a redução proporcional da reprimenda básica. Não obstante, vimos, o Tribunal de Justiça manteve o mesmo patamar de aumento estabelecido pelo magistrado sentenciante, situação de manifesto e evidente constrangimento ilegal.

Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, colaciono os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CP). VIOLAÇÃO. DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADES FLAGRANTES. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INCLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NÃO NEGATIVADA NA SENTENÇA. DESCABIMENTO. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA PENNA-BASE. FUNDAMENTOS NOVOS. AGREGAÇÃO. INVIABILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. CONCESSÃO. PREJUDICADAS AS DEMAIS QUESTÕES TRAZIDAS NO RECURSO.

1. Em recurso especial, não se analisa alegação de ofensa a dispositivos da Constituição Federal.

2. Afastadas três circunstâncias judiciais negativas no julgamento da apelação, impunha-se a redução proporcional da pena-base.

[...]

9. Não subsistindo nenhuma circunstância judicial negativa, impõe-se a redução da pena-base ao mínimo legal de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, tornada definitiva, diante da ausência de atenuantes ou agravantes, causas de diminuição ou de aumento.

10. Prescrição da pretensão punitiva consumada, uma vez que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde o último marco interruptivo, consistente na publicação da sentença condenatória, em 31/10/2006, transcorreu lapso superior a 4 anos (art. 109, V, do CP).

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Habeas corpus concedido de ofício, para afastar as demais circunstâncias judiciais consideradas como negativas pelas instâncias ordinárias e reduzir a pena do recorrente a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, declarando extinta a sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, V, 110, caput e § 1º, e 114, II, todos do Código Penal.

(REsp 1117700/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 28/08/2013, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DA PENA QUE PERMANECEU FAVORÁVEL AO RECORRENTE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. [...] AFASTAMENTO, PELO TRIBUNAL A QUO, DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS NEGATIVAS NO ÉDITO CONDENATÓRIO. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO VALORADAS NEGATIVAMENTE. MESMO FUNDAMENTO. BIS IN IDEM. CONFIGURAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Configura indevido bis in idem a utilização, na primeira fase da dosimetria da pena, dos mesmos elementos para fundamentar a avaliação negativa de circunstâncias judiciais distintas.

2. O Tribunal estadual, no julgamento do apelo defensivo, reduziu de 5 (cinco) para 3 (três) o número de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, sem, no entanto, diminuir o quantum de pena arbitrado pelo Togado sentenciante. Necessidade de readequação da reprimenda.

3. Agravo a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP, para fixar a sanção privativa de liberdade em 14 (quatorze) anos de reclusão, mantidos os demais termos do aresto recorrido.

(AgRg no AREsp 877.187/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 19/10/2016, grifei.)

Nessa toada, considerando a quantidade e a natureza dos estupefacientes apreendidos, aumento a pena-base do crime de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes em 1/4 (um quarto), alcançando **6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.**

Rememoro, a propósito, que o legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado.

Entrementes, atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, o art. 42 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

Segundo essa compreensão, respeitados aos critérios acima referidos, bem como aos pormenores da situação em desfile, entendo proporcional o patamar de aumento em 1/4 (um quarto) diante da quantidade e da qualidade do material tóxico encontrado em poder do paciente e dos demais corréus.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 6.368/1976). DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MAJORANTE RELATIVA À ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO E QUANTUM DAS MAJORANTES. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA NA INTEGRALIDADE. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Uma vez que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente, sobretudo porque não houve desproporcionalidade no aumento de 2 anos na primeira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 3 a 15 anos de reclusão. De fato, as peculiaridades do caso concreto, em que houve a apreensão de mais de 18 kg de cocaína, em contexto de tráfico transnacional de drogas, justificam maior reprimenda penal.

[...]

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, com devolução dos autos ao Tribunal de origem, para nova análise dos temas indicados no voto do relator.

(HC 181.204/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

3. A pena-base foi fixada em 2 anos acima do piso mínimo e, ao contrário do que alega o impetrante, não há falar em ausência de justificativa, porquanto, lastreada no caso concreto, a motivação foi baseada na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes, 105 porções de maconha, 105 porções de cocaína e 176 porções de crack.

[...]

5. É adequado o regime fechado de cumprimento da pena para o total da reprimenda fixada, acima de 8 anos de reclusão.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 335.784/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei.)

É sempre importante relembrar, nos moldes da pacífica orientação desta Casa, que a consideração da quantidade ou qualidade da droga tanto na fixação da pena-base como na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 configura dupla valoração inadmissível.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral no ARE n. 666.334/AM, Relator o Ministro Gilmar Mendes, reafirmou que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos devem ser levadas em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena.

Nestes autos, a quantidade e qualidade dos materiais tóxicos encontrados foi sopesada na primeira etapa do cálculo da sanção, sendo o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 afastado tendo em vista que o sentenciado responde a outras três ações penais por fatos anteriores àquele pelo qual foi condenado na ação penal em análise, havendo, assim, indicativos concretos de que exhibe comportamento voltado à prática de atividades criminosas.

Notem que o colegiado local tomou em consideração a quantidade e qualidade dos estupefacientes somente na primeira etapa da dosimetria da reprimenda, donde se pode concluir pela ausência de teratologia evidente, porquanto não evidenciada a dupla valoração da mesma situação fática.

Acerca da matéria, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 INDEFERIDA. ALEGADO BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem utilizar a quantidade do entorpecente apreendido como vetorial negativa no cálculo da pena-base e, na terceira fase de dosimetria, para indeferir a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base na dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 950.169/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017, grifei.)

Passo, pois, a análise do pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nos termos do disposto no aludido dispositivo legal, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Evidente, portanto, que o benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Por oportuno, confirmam-se estes excertos da exposição de motivos da Lei n. 11.343/2006:

*Outra questão tratada pelo projeto, e que em sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere **ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno**. Não olvidando a importância do tema, e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigoroso como convém, de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento.* (<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-norma-pl.html>)

Sobre o tema, ensina Guilherme de Souza Nucci:

[...]. Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (In Leis penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ªed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

No caso que ora se encontra sob nossos cuidados, o magistrado sentenciante não apreciou a possibilidade de aplicação do benefício em desfile.

O colegiado local, ao analisar a matéria, negou a incidência da causa especial de redução de pena diante destas justificativas (e-STJ fls. 39/43):

No que concerne à alegação de que o paciente faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não havendo pronunciamento do Juízo impetrado a esse respeito na sentença condenatória, melhor sorte não assiste à impetrante, porquanto absolutamente inviável a aplicação da minorante ao acusado, em virtude de não estarem atendidos todos os requisitos exigidos no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo sob comento.

Deveras, conforme já assinalado alhures, o paciente responde a outras três ações penais por fatos anteriores àquele pelo qual restou condenado na ação de origem, havendo, assim, indicativos concretos de que exhibe comportamento voltado à prática de atividades criminosas, malferindo o escopo colimado na benesse legal e afastando a possibilidade de sua aplicação na hipótese.

Ressalte-se que, diferente do que ocorre quanto à majoração da pena-base, a avaliação acerca da dedicação do sentenciado à atividade criminosa prescinde da existência contra si de sentença penal condenatória transitada em julgado, podendo ser verificada por meio de outros elementos de convicção idôneos, tais como o fato de o acusado responder a outras ações criminais, restando, em vista disso, obstada a incidência da causa de diminuição constante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A jurisprudência pátria perfilha idêntica orientação, senão vejamos:

[...]

Destaque-se, ainda, que a absolvição do paciente quanto à imputação do crime de associação para o tráfico art. 35, da Lei nº 11.343/2006 por inexistir, segundo o Juiz do feito, 'provas de que o trio agiu reiteradamente nessa atividade delitiva', em nada infirma a constatação de que não restaram preenchidos os requisitos legais para a aplicação da minorante em tablado, não lhe aproveitando, igualmente, a alegação de que o Juízo impetrado não se manifestou a esse respeito, uma vez que o Judicante referiu em mais de uma ocasião na sentença condenatória (fls. 33, 37 e 38), inclusive quando da análise das circunstâncias judiciais, que o réu Deijair de Souza Silva respondia judicialmente por outros crimes, tendo concretizado como definitivo o quantum fixado para a pena-base 'face a ausência de causas de diminuição ou aumento' de pena.

Destarte, não prospera a arguição de que o paciente faz jus à minorante no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

O meu entendimento consoa com o do acórdão.

Exige o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabemos todos, que o agente não se dedique às atividades criminosas, "o que significa dizer que o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado na sua vida" (LIMA. Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Juspodivm. Salvador. 2015. p. 763).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse palmilhar, entendo que o benefício em análise não foi pensado para situações como a retratada neste processo, em que o paciente possui outras três ações penais em andamento por fatos anteriores – processo n. 0005123-67.2006.8.06.0117 acusação da prática do crime de homicídio qualificado, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; processo n. 0002454-07.2007.8.06.0117 acusação da prática do crime de roubo, em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú; e processo n. 0000297-27.2008.8.06.0117 acusação da prática do crime de tráfico de drogas, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú.

Com efeito, diferente da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, a causa especial de redução de pena em desfile não impõe gravame à situação penal do sentenciado, devendo, por esse motivo, ser interpretada de modo restritivo e teleológico, observando-se, inclusive, os pilares apresentados na exposição de motivos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo assim, ainda que ausente o trânsito em julgado dos processos anteriores do paciente, parece-me inviável a incidência do benefício legal, porquanto apresentados elementos concretos suficientes a demonstrar a sua dedicação à atividades criminosas.

Nesse mesmo diapasão posicionou-se a Terceira Seção desta Casa no julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP, Relator o Ministro Felix Fischer.

Confira-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

(EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

Destaco, ainda sobre o assunto, que a proibição de reforma para pior, nos termos da orientação desta Casa, possui o objetivo de impedir que, em inconformismo exclusivo da defesa, o acusado tenha piorada sua situação.

Não se proíbe, porém, que, na apreciação da sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à decisão recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação.

Noutras palavras, pode a Corte estadual, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias suscitadas na irresignação defensiva, **sem que incorra em reformatio in pejus ou inovação de fundamentos**, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como se observa no caso em testilha.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SEMI-IMPUTABILIDADE (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SANÇÃO IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS APONTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE. NON REFORMATIO IN PEJUS. REGIME SEMIABERTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

5. Na hipótese, os fundamentos acrescidos pelo Tribunal de origem, embora não sejam suficientes para a fixação do regime inicial fechado, são o bastante para a fixação do regime inicial semiaberto.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, ex officio, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 362.247/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/12/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONDENAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. SANÇÃO ATENUADA PELO TRIBUNAL REVISOR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. VEDAÇÃO LEGAL. PRISÃO CAUTELAR. TRÂNSITO EM JULGADO. CONDENAÇÃO EM FASE DE EXECUÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Não há se falar em reformatio in pejus quando o Tribunal local, em sede de apelação, em recurso exclusivo da defesa, inova na fundamentação sem, contudo, agravar a situação do acusado. Precedentes. Caso em que a sanção redimensionada pelo Corte revisora ficou inclusive em patamar inferior ao estabelecido na sentença.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão de sursis dependem do preenchimento dos requisitos previstos, respectivamente, nos arts. 44 e 77 do Código Penal. Na espécie, não houve pronunciamento por parte do Tribunal de origem, o que impede a análise direta dos temas pelo Superior Tribunal de Justiça, por configurar indevida supressão de instância.

4. Acerca da prisão preventiva, [o]corrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, resta prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar, porquanto a prisão tornou-se definitiva (AgRg no HC n. 84.210/PB, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIMA, Quinta Turma, julgado em 19/8/2009, DJe 28/9/2009).

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 349.850/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017, grifei.)

Nesse tear, não observo manifesta ilegalidade ou teratologia na fundamentação apresentada pelo Tribunal de Justiça com o objetivo de afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, explicitando a ausência dos requisitos exigidos pela lei, notadamente a não dedicação do acusado à atividades criminosas, respeitado o limite da reprimenda estabelecida na origem e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida

Em conclusão, ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, a pena definitiva do paciente pelo crime de tráfico de entorpecentes fica estabelecida em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa. Nos moldes do art. 69 do Código Penal, somo esta sanção com a fixada para o crime de porte ilegal de arma de fogo, alcançando da reprimenda total o patamar de **8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, além da pena pecuniária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).**

Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo em parte a ordem para redimensionar a pena relativa do crime de tráfico de entorpecentes e estabelecer a sanção definitiva em 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, além da pena pecuniária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantido, no mais, o acórdão estadual.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0028927-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 388.097 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00452393120138060001 06232805020168060000 3445942016 3942013
452393120138060001 6232805020168060000

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA
ADVOGADO	: PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA - RN009654
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE	: DEIJAIR DE SOUZA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	: CAMILA MIRANDA VIDIGAL - DF039398
CORRÉU	: TIAGO COSTA DE ARAUJO
CORRÉU	: CARLOS HELDER FRANKLIN MARQUES

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

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.