



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.252 - PB (2012/0104603-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : LUAN MEDEIROS DA COSTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVOS DO CRIME: BUSCA DO LUCRO FÁCIL. CRITÉRIO CONTIDO NO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO: SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGAS (04 KG DE COCAÍNA). VALORAÇÃO NEGATIVA IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. INCONGRUÊNCIA DA SENTENÇA E *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA PROMOVIDA PELO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NULIDADE CARACTERIZADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO E PRESENTE DE REQUISITO DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO MAIS, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, *ex vi* do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º da Lei Processo Penal. A promoção do Magistrado que instruiu o feito é uma das hipóteses que excepciona o indigitado princípio, como ocorreu *in casu*.

2. O crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "*importar*", "*exportar*", "*vender*", "*expor à venda*", "*oferecer*", "*ter em depósito*"). Daí porque incabível utilizar a busca do lucro fácil como critério de exasperação da pena-base dessa espécie delitiva.

3. Não comporta reparos a valoração negativa das consequências do crime em razão da significativa quantidade de substância entorpecente apreendida – 04 (quatro) kg de cocaína.

4. Na primeira fase da dosimetria da pena, o Réu foi considerado primário; todavia, em seguida, o Juízo singular não aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, considerando os antecedentes do agente. Em recurso exclusivo da defesa (apelação), a Corte *a quo* manteve a condenação reportando-se aos fundamentos anteriormente utilizados no julgado de *habeas corpus*. No *writ* originário, negou-se a aplicação da sobredita causa de redução de pena porque as informações remetidas pela Autoridade judicial indicaram que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Apenado respondia a outro processo pelo mesmo crime. Tais fatos, no entanto, não constavam da sentença condenatória.

5. Caracterizada a incongruência do édito condenatório e a flagrante afronta ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, cometida pelo acórdão combatido, impõe-se o reconhecimento da nulidade da condenação para que a dosimetria da pena seja renovada pelo Juízo de primeiro grau.

6. O Tribunal *a quo* não analisou a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, o que impossibilita tal exame por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

7. A negativa do direito de recorrer em liberdade, no caso concreto, encontra amparo em dois motivos: (i) "*não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar*" (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08) e (ii) o Paciente responde a outra ação penal pelo mesmo crime, o que denota o risco concreto de reiteração delitiva e autoriza a manutenção da constrição cautelar, como forma de garantir a ordem pública.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida tão-somente para declarar a nulidade da dosimetria da pena, a qual, por consequência, deve ser renovada pelo Juízo de primeiro grau consoante os parâmetros explicitados neste julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.252 - PB (2012/0104603-1)

IMPETRANTE : MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : LUAN MEDEIROS DA COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUAN MEDEIROS DA COSTA, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (APC n.º 001.2010.021953-2/4).

O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 800 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 01/08/2010, juntamente com três Corrêus, por Policiais Federais, em operação que resultou na apreensão de 04 Kg de cocaína.

A Defesa impetrou dois *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*. No primeiro, n.º 001.2010.021953-2/3, suscitou-se: (i) ofensa ao princípio da identidade física do juiz; (ii) a falta de fundamentação da exasperação da pena-base; (iii) a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Postula-se, também, (iv) o reconhecimento do indevido elastério temporal e (v) a concessão do direito de recorrer em liberdade.

A Corte paraibana, no entanto, denegou a ordem de *habeas corpus* e, em seguida, não conheceu da segunda impetração, n.º 001.2010.021953-2/5.

Posteriormente, o Apenado interpôs recurso de apelação na origem, renovando os pedidos aduzidos no primeiro *habeas corpus*. A Corte de Justiça, todavia, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena pecuniária para 700 dias-multa, reportando-se, no mais, aos fundamentos explicitados no *mandamus* n.º 001.2010.021953-2/3.

No presente *writ*, busca-se o reconhecimento de três nulidades, por:

- (1) suposta ofensa ao Princípio da Identidade Física do Juiz;
- (2) ausência de fundamentação para a exasperação da pena-base;
- (3) eventual incongruência do édito condenatório, pois, na primeira fase, o Réu foi caracterizado como **primário**, mas, na terceira fase, não se aplicou a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão dos **antecedentes do agente**.

Defende-se, outrossim, (4) o reconhecimento do "[e]xcesso de prazo em caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da declaração das nulidades arguidas acima" (fl. 04) e (5) que o Paciente teve o direito de recorrer em liberdade negado sem a devida fundamentação.

Pleiteia-se, *in limine*, seja assegurado ao Custodiado o direito de aguardar solto o julgamento deste *mandamus* e, no mérito, as declarações das indigitadas nulidades, com o consequente reconhecimento do indevido elastério temporal da prisão cautelar, e a expedição de alvará de soltura em prol do Apenado.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão às fls. 355/356.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 364/367, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 403/415, opinando pelo conhecimento parcial e, nessa extensão, pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.252 - PB (2012/0104603-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVOS DO CRIME: BUSCA DO LUCRO FÁCIL. CRITÉRIO CONTIDO NO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO: SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGAS (04 KG DE COCAÍNA). VALORAÇÃO NEGATIVA IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. INCONGRUÊNCIA DA SENTENÇA E *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA PROMOVIDA PELO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NULIDADE CARACTERIZADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO E PRESENTE DE REQUISITO DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO MAIS, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, *ex vi* do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º da Lei Processo Penal. A promoção do Magistrado que instruiu o feito é uma das hipóteses que excepciona o indigitado princípio, como ocorreu *in casu*.

2. O crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "*importar*", "*exportar*", "*vender*", "*expor à venda*", "*oferecer*", "*ter em depósito*"). Daí porque incabível utilizar a busca do lucro fácil como critério de exasperação da pena-base dessa espécie delitiva.

3. Não comporta reparos a valoração negativa das consequências do crime em razão da significativa quantidade de substância entorpecente apreendida – 04 (quatro) kg de cocaína.

4. Na primeira fase da dosimetria da pena, o Réu foi considerado primário; todavia, em seguida, o Juízo singular não aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, considerando os antecedentes do agente. Em recurso exclusivo da defesa (apelação), a Corte *a quo* manteve a condenação reportando-se aos fundamentos anteriormente utilizados no julgado de *habeas corpus*. No *writ* originário, negou-se a aplicação da sobredita causa de redução de pena porque as informações remetidas pela Autoridade judicial indicaram que o Apenado respondia a outro processo pelo mesmo crime. Tais fatos, no entanto, não constavam da sentença condenatória.

5. Caracterizada a incongruência do édito condenatório e a flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afronta ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, cometida pelo acórdão combatido, impõe-se o reconhecimento da nulidade da condenação para que a dosimetria da pena seja renovada pelo Juízo de primeiro grau.

6. O Tribunal *a quo* não analisou a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, o que impossibilita tal exame por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

7. A negativa do direito de recorrer em liberdade, no caso concreto, encontra amparo em dois motivos: (i) "*não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar*" (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08) e (ii) o Paciente responde a outra ação penal pelo mesmo crime, o que denota o risco concreto de reiteração delitiva e autoriza a manutenção da constrição cautelar, como forma de garantir a ordem pública.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida tão-somente para declarar a nulidade da dosimetria da pena, a qual, por consequência, deve ser renovada pelo Juízo de primeiro grau consoante os parâmetros explicitados neste julgado.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A presente impetração versa, em essência, acerca de 05 (cinco) temas que serão analisados, em separado, a seguir:

(1) Da suposta ofensa ao Princípio da Identidade Física do Juiz

De início, cumpre asseverar que, segundo entendimento desta Corte, o princípio da identidade física do juiz (introduzido no sistema processual criminal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, *ex vi* do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal), deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º do Código de Processo Penal.

Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO EM RAZÃO DE FÉRIAS DO MAGISTRADO TITULAR. NULIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A nova redação - dada pela Lei n.º 11.719/08 - do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, introduziu no sistema processual penal o princípio da identidade física do juiz. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido dispositivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o art. 132 do Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente.

2. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo enfatizou que o juiz titular se encontrava, no momento em que proferida a sentença condenatória, em gozo de férias, afastado de suas atividades. Tal a situação, apresenta-se legal a decisão que condenou o paciente pela conduta descrita no art. 155, § 4º, inciso I e IV, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal.

3. Habeas corpus denegado." (HC 200.002/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012.)

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça da Paraíba consignou o seguinte:

"[...]

Verifica-se da prova que os acusados foram presos em flagrante pela prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, pois, conforme a acusação, em comunhão de desígnios, tentaram transportar considerável quantidade de droga de Campina Grande para João Pessoa, não logrando êxito porque estavam sendo monitorados por agentes da Polícia Federal, alertados por meio de denúncia anônima.

Condenados, apenas pelo crime de tráfico, os réus apelam, alegando, todos, preliminarmente, que a sentença é nula, posto que proferida por juiz diverso daquele que realizou a instrução, o que afronta o disposto no art. 399, § 2º, do CPP.

Não prospera o argumento.

É verdade que, a Lei n. 11.719/2008 deu nova redação ao art. 399 do CPP, a este acrescentando o § 2º, segundo o qual: 'O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.'

Todavia, a aplicação do princípio da identidade física do juiz comporta restrições, tal como ocorre no processo civil, que admite o julgamento da lide por juiz diverso quando o juiz que presidiu a instrução '...estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor' (art. 132, caput, do CPC).

[...]

Esta, inclusive, tem sido a linha adotada por esta Câmara, no sentido de que 'não se aplica o princípio da identidade física do juiz, inserto no art. 399 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, se o magistrado que presidiu a instrução foi removido ou promovido, não havendo nulidade a ser reconhecida pelo fato de ter sido a sentença de mérito firmada pelo novo titular da comarca' (ApCrim 060.2000.000440-2/001 - BELÉM, Relator: DR. Wolfram da Cunha Ramos (Juiz convocado para substituir o Des. Joás de Brito Pereira Filho) - j. 04.08.2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em desate, segundo se vê da certidão de fl. 643, segundo a qual, a antiga titular da atual Vara de Entorpecentes, Dra. Conceição de Lourder Marsicano de Brito Cordeiro foi removida para a Comarca de Bayeux, em 09 de junho de 2011, razão da sua substituição pelo Dr. Falkandre de Souza Queiroz, Juiz Auxiliar, que sentenciou o feito.

Trata-se, portanto, de situação peculiar, que faz com que a regra dê lugar à exceção.

Desse modo, rejeito a preliminar suscitada.

[...]" (fls. 341/342)

Decerto, a **promoção** do Magistrado que instruiu o feito é uma das hipóteses que excepciona o indigitado princípio, como ocorreu *in casu*.

(2 e 3) As aludidas nulidades referentes à dosimetria da pena

Assevere-se, de outra parte, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso dos autos, o Juízo de Direito da Vara de Entorpecentes da Comarca de Campina Grande/PB fixou a seguinte dosimetria da pena:

"[...]

Com relação ao LUAN MEDEIROS DA COSTA, passo à dosagem da pena, tendo em vista as circunstâncias do art. 59 CP:

a) é primário;

b) personalidade de pessoa comum, nada sendo apurado contra a sua conduta social;

c) o motivo do ilícito é o ganho fácil;

d) as consequências são as mais graves possíveis. Da forma como agiu, e pela quantidade de droga apreendida, o acusado contribuiria de forma eficaz para o aumento da criminalidade e das drogas em nossa já saturada sociedade, dando causa a outros sérios problemas sociais.

Considerando que a pena em abstrato prevista varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, fixo como pena base 07 (sete) anos de reclusão, e pagamento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

800 (oitocentos) dias-multa, que torno definitiva face a ausência de outras atenuante e agravantes, ou causa de aumento ou diminuição da pena. Por conta dos antecedentes, deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º do artigo 33.

Tendo em vista as considerações tecidas por ocasião da fixação da pena-base, a pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime fechado, em local a ser determinado pela VEP.

O dia-multa será calculado na base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

[...]" (fls. 190/191; grifos no original)

E o Tribunal de origem referendou a pena privativa de liberdade acima transcrita, nos termos que seguem:

"[...]

A matéria atinente à fundamentação da pena e da negativa da redução, à luz do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em relação ao corréu Luan Medeiros da Costa, já foi objeto de exame por esta Câmara em sede de habeas corpus, que assim decidiu:

'Sobre a alegação de que a pena-base foi fixada acima do mínimo, sem a adequada fundamentação, esta também não tem como prosperar.

O magistrado, para aplicar a pena-base acima do mínimo legalmente cominado para o tipo, assim justificou, in verbis:

'Com relação a **LUAN MEDEIROS DA COSTA**, passo à dosagem da pena, tendo em vista as circunstâncias judiciais do **art. 59 do CP**:

- a) é primário;
- b) personalidade de pessoa comum, nada sendo apurado contra a sua conduta social;
- c) o motivo do ilícito é o ganho fácil;
- d) as consequências são as mais graves possíveis. Da forma como agiu, e pela quantidade de droga apreendida, o acusado contribuiria de forma eficaz para o aumento da criminalidade e das drogas em nossa já saturada sociedade, dando causa a outros sérios problemas sociais; (...), fl. 85.

Desfundamentada é a decisão que não contém justificativa alguma para o quantum escolhido, dentre os parâmetros traçados pela própria lei. E esse não é o caso da sentença censurada, que respaldou a pena-base no motivo do crime, qual seja, o ganho fácil e nas graves consequências do delito, máxime diante da quantidade da droga apreendida, em torno de quatro quilos de cocaína, de efeitos devastadores não só pra o consumidor mas para a sociedade como um todo.

[...]

Aliás, esse mesmo paradigma serve de espelho à repulsa do outro fundamento da impetração, atinente à não aplicação da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

É certo que o douto julgador, na sentença, apenas fez vaga referência à existência de antecedentes criminais. Nas informações é que restou esclarecido que Luan Medeiros da Costa responde a outro processo nesta Capital, também por tráfico de drogas, fl. 100.

A defesa apegar-se à corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que inquéritos e processos criminais em andamento não marcam antecedentes. E é assim que tem decidido esta Câmara.

Em todo caso, o magistrado não negou o benefício levando em conta os maus antecedentes, mas, segundo entendo, considerou o processo em andamento como fator impeditivo da redução pelo fato de dedicar-se o paciente ao tráfico de drogas.

Desse modo, e conforme o precedente supra, do STJ, a não redução da pena mostra-se plenamente justificada na sentença.

Assim, também afastado os fundamentos da inicial, referentes à falta de fundamentação da pena-base e da negativa de redução de pena.

(...)'

Nesse caso, em relação ao acusado Luan Medeiros, não há mais que se perquirir acerca das razões que levaram o magistrado a impor a pena acima do mínimo e a não aplicar a causa redutora de que trata o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Observe-se que as razões que deram ensejo à denegação da ordem, quanto a Luan Medeiros, servem para também afastar o pleito pela redução da pena e a aplicação da causa especial de diminuição em relação ao corréu Otávio Luiz, pois, conforme se verifica da sentença, a fundamentação foi exatamente a mesma utilizada para aplicar igual pena-base e negar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

E tais penais, repita-se, justifica-se acima do mínimo em face da vida pregressa dos implicados que, conquanto primários e não registrem condenação anterior transitada em julgado, mostram-se voltados a esse tipo de prática criminosa, tanto que respondem processos por igual conduta, fls. 44/47, do processo em apenso.

Por isso, quanto a Luan Medeiros e Otávio Luiz, não há que se falar em redução da pena base ou aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, quanto à pena privativa de liberdade. E pelas mesmas razões, não há como se cogitar, também, da modificação do regime prisional, fixado inicialmente no fechado e que deve ser mantido.

Em todo caso, a concretização da pena de multa em 800 dias-multa parece-me não guardar simetria com a sanção corporal, pelo que, em relação a esses dois acusados, readequo-a para 700 dias-multa, mais justa e suficiente a prevenção e reprovação do ato praticado.

[...]" (fls. 347/350)

Como se vê, a pena-base do delito imputado ao Paciente foi aplicada acima do mínimo legal, porque as instâncias ordinárias consideraram duas circunstâncias judiciais do art. 59



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal como desfavoráveis, a saber: **os motivos e as consequências do crime.**

Calha destacar, *a priori*, que o crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "importar", "exportar", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito"). Daí porque incabível utilizar **a busca do lucro fácil** como critério de exasperação da pena-base dessa espécie delitiva.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES À CONDUTA CRIMINOSA. ORDEM CONCEDIDA.

I – A circunstância judicial – mal causado pelo tóxico – valorada negativamente pelo juízo sentenciante é ínsita à conduta delituosa, incorporada ao próprio tipo penal, não podendo, pois, ser utilizada como elemento hábil a proporcionar a majoração da reprimenda, sob pena de indesejado bis in idem.

II – No caso sob exame, o intuito de obter lucro fácil também está contido na conduta de comercializar a droga, de modo que não cabe invocá-lo para o fim de majorar a pena-base, ante a possibilidade de, novamente, incorrer-se em bis in idem.

III – Ordem concedida apenas para determinar a realização de nova dosimetria da pena." (STF, HC 114.146/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 09/11/2012; destaquei.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 MANTIDA NO GRAU MÍNIMO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

7. 'A ganância para auferir lucro fácil e imediato em detrimento da saúde pública' é inerente ao tipo de tráfico de drogas, não sendo fundamento idôneo para majorar a pena-base.

[...]

12. Ordem parcialmente concedida, para o fim de, mantida a condenação, redimensionar a pena-base e, por conseguinte, reduzir o quantum total da reprimenda." (STJ, HC 233.077/RO, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 19/03/2013; grifei)

Lado outro, não comporta reparos a valoração negativa das consequências do crime, em razão da significativa quantidade de substância entorpecente apreendida no caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto – 04 (quatro) kg de cocaína.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]

2. Não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida - 22 kg (vinte e dois quilogramas) de 'cocaína'. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de 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'.

[...]

8. *Ordem de habeas corpus denegada.*" (HC 187.106/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/02/2013.)

Referentemente à negativa de aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tem-se o seguinte quadro:

Na primeira fase da dosimetria da pena, o Réu foi considerado primário; todavia, em seguida, o Juízo singular não aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, considerando os antecedentes do agente. Em recurso exclusivo da defesa (apelação), a Corte *a quo* manteve a condenação reportando-se aos fundamentos anteriormente utilizados no julgado de *habeas corpus*. No *writ* originário, negou-se a aplicação da sobredita causa de redução de pena porque as informações remetidas pela Autoridade judicial indicaram que o Apenado respondia a outro processo pelo mesmo crime. Tais fatos, no entanto, não constavam da sentença condenatória.

Portanto, caracterizada a incongruência do édito condenatório e a **flagrante** afronta ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, cometida pelo acórdão combatido, impõe-se o reconhecimento da nulidade da condenação para que a dosimetria da pena seja renovada pelo Juízo de primeiro grau.

(4 e 5) Da vedação ao recurso em liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No julgamento do HC n.º 001.2010.021953-2/3, o Tribunal de Justiça da Paraíba manteve a prisão preventiva do Paciente, *in verbis*:

"[...]

Não ocorrendo anulação da sentença, evidentemente que fica prejudicada a alegação de excesso de prazo, razão por que deixo de examinar o pedido, quanto ao tema.

Resta, agora, o exame da falta de fundamentação da sentença, na parte em que negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Pelo que se depreende dos autos, o paciente respondeu preso ao processo em virtude de prisão preventiva, mantida, inclusive, por esta Câmara Criminal, conforme acórdão lançado no HC 001.2010.021953-2/2.

Na sentença, foi-lhe negado o direito ao recurso em liberdade por entender que 'a gravidade do delito imputado ao acusado justifica a manutenção da prisão como forma de manter a ordem pública, considerando os sérios danos provocados pelo droga em nossa sociedade. Deve, portanto, o Poder Judiciário agir de forma eficaz no combate a esse mal, afastando das pessoas de bem qualquer sentimento de impunidade', fls. 86/87.

Ora, se esteve preso durante a instrução do processo, não tem o réu o direito de recorrer em liberdade, máxime se ainda presentes os motivos que justificaram a segregação provisória, não sendo desfundamentada a sentença que, com base nesses elementos, mantém a medida para preservar a ordem pública.

"[...]

Desse modo, não vejo qualquer nulidade da sentença, nessa parte, eis que o magistrado justificou adequadamente a manutenção do paciente no cárcere." (fls. 251/252)

Como se vê, o Tribunal *a quo* não analisou a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, o que impossibilita tal exame por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Registre-se, em *obiter dictum*, que a eventual declaração de nulidade de ponto da instrução criminal, com a renovação de ato processual específico, não enseja o reconhecimento de excesso de prazo na formação da culpa e expedição de alvará de soltura em prol do Paciente.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. REALIZAÇÃO VIRTUAL ANTERIOR À EDIÇÃO DA NOVEL LEX. DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS. EIVA ABSOLUTA. ATOS SUBSEQUENTES ESCORREITOS. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SEGREGAÇÃO MANTIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA .

"[...]

4. *No tange à prisão cautelar do paciente, conforme exposto*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alhures, ao reconhecer a nulidade do seu interrogatório, somente haverá a renovação deste ato, razão pela qual não há que se falar em demora na conclusão do processo e, portanto, em qualquer excesso de prazo na formação da sua culpa a ensejar a expedição de alvará de soltura em seu favor.

5. *Ordem parcialmente concedida apenas para anular o interrogatório do paciente, devendo outro ser realizado dentro dos ditames legais, bem como o processo a partir das razões finais, inclusive. Mantida a prisão do paciente e prejudicados os demais pedidos.*" (HC 193.025/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/09/2011.)

Já a negativa do direito de recorrer em liberdade, no caso concreto, encontra amparo em dois motivos: (i) *"não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar"* (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08) e (ii) o Paciente responde a outra ação penal pelo mesmo crime, o que denota o risco concreto de reiteração delitiva e autoriza a manutenção constrição cautelar, como forma de garantir a ordem pública.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. RECEPÇÃO QUALIFICADA, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INDICAÇÃO DE JUSTIFICATIVA CONCRETA PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL. PACIENTE SEGREGADO DESDE O FLAGRANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO, NO PONTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

3. *Na hipótese, a prisão cautelar encontra-se em consonância com os preceitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, para fazer cessar a reiteração criminosa, pois consta dos autos que o paciente responde a diversos processos criminais, circunstância que revela a sua propensão a atividades ilícitas, demonstra a sua periculosidade e a concreta possibilidade de que, solto, volte a delinquir.*

4. *"[N]ão há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar"* (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

7. *Ordem de habeas corpus não conhecida.*" (HC 220.468/PE, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 17/04/2013.)

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da impetração e, nessa parte, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* **tão-somente para reconhecer a nulidade da dosimetria da pena, a qual, por consequência, deve ser renovada pelo Juízo de primeiro grau** consoante os parâmetros acima explicitados.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0104603-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 243.252 / PB
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120100219532 20020090159910

EM MESA

JULGADO: 05/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO
ADVOGADO	: MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE	: LUAN MEDEIROS DA COSTA (PRESO)
CORRÉU	: OTÁVIO LUIZ ANDRADE NOVAIS
CORRÉU	: EDSON CUNHA ATHAIDE FILHO
CORRÉU	: RAIMUNDO RENATO DO NASCIMENTO
CORRÉU	: SUELY DE SOUZA DA SILVA
CORRÉU	: JOSÉ LUCENA DE MEDEIROS

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.