



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.214 - PA (2016/0219313-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : WALKIRIA DE AZEVEDO TERTULINO
ADVOGADA : WALKÍRIA DE AZEVEDO TERTULINO - RR000105A
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : PAULO ROBERTO NOE
PACIENTE : JOELB MENDES DA LUZ

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 14 DA LEI 6.368/1976). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CULPABILIDADE ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.
3. Desse modo, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de *discrecionariade vinculada*, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódoose normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.
4. Conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal violado, são inservíveis para fins de majoração da pena-base (HC 144.765/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).
5. Em atendimento ao princípio da proporcionalidade, quando presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima (HC 341.706/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).
6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento, no caso, deveu-se à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de circunstância judicial desfavorável, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o 59, ambos do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.214 - PA (2016/0219313-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : WALKIRIA DE AZEVEDO TERTULINO
ADVOGADA : WALKÍRIA DE AZEVEDO TERTULINO - RR000105A
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
PACIENTE : PAULO ROBERTO NOE
PACIENTE : JOELB MENDES DA LUZ

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO ROBERTO NOE e JOELB MENDES DA LUZ, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Apelação Criminal n.º 0001562-50.1999.4.01.3901).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em 2/12/2008, como incurso no art. 14, c.c. art. 18, ambos da Lei n.º 6.368/76, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Eis o teor do referido *decisum*, no que interessa (fls. 36/37):

(...) ACOLHO A DENÚNCIA quanto aos réus (...) Paulo Roberto Noé e Joelb Mendes da Luz, como incurso nas sanções do art. 14 c/c art. 18, I da Lei n. 6.368/76.

(...)

Quanto aos acusados Paulo Roberto Noe e Joelb Mendes da Luz, a culpabilidade dos agentes gerou razoável grau de reprovação social, uma vez que desempenhavam a atividade de transporte da droga. Os réus são primários e não há registro de antecedentes desabonadores. Não existem informações depreciativas acerca de suas condutas sociais, tampouco sobre suas personalidades. Os motivos do crime baseiam-se no desejo de obter lucro sem o exercício de atividade lícita e a consequência foi considerável, haja vista a grande dimensão do bando e a expressiva quantidade de cocaína traficada. A associação era composta por mais de uma dezena de agentes e a substância entorpecente transportada era cocaína, com maior potencial alucinógeno e maior valor de mercado. Era comum o uso de aviões e pistas de pouso clandestinas para evitar a fiscalização dos órgãos de repressão penal. O comportamento da vítima é elemento estranho às práticas criminosas.

Destarte, **fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 150 dias-multa. A pena é aumentada em 1/3, por força da causa de aumento da transnacionalidade do tráfico**, considerando que, por diversas vezes, realizaram-se viagens para Colômbia e Suriname para se obter drogas. Na ausência de outras circunstâncias ou causas que alterem o *quantum* da sanção, **fixo-a definitivamente em 6 anos e 8 meses de reclusão e 200 dias-multa.**

(...)

Tendo em vista as circunstâncias acima delineadas, **estabeleço o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

As partes apelaram, mas o tribunal de origem negou provimento aos recursos, em acórdão assim sintetizado (fls. 39/66):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART 14 C/C ART 18, INCISO I, AMBOS DA LEI 6 368/76). PRELIMINARES AFASTADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DAS PENAS CORRETAMENTE FIXADA. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

1. A materialidade, a autoria e o dolo foram devidamente comprovados pelo conjunto probatório acostado aos autos.

2. Nos termos da Súmula 273 do Superior Tribunal de Justiça, "intimada a defesa da expedição da carta precatória, toma-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado". Assim, independentemente de nova intimação, incumbe às partes acompanhar os atos processuais junto ao juízo deprecado.

3. No processo penal, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não de sua capitulação legal. Assim, não há nulidade no fato de a peça acusatória ter enquadrado a conduta do réu no crime de formação de quadrilha e a sentença o ter condenado pelo delito de associação para o tráfico internacional de entorpecentes (art. 383 do CPP).

4. Incensurabilidade da dosimetria, eis que adstrita ao específico regramento.

5. Apelações improvidas.

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 68/101). Na sequência, o requerimento formulado pelo *parquet*, para que fosse determinada a expedição de guia de execução provisória da sentença condenatória, em razão de sua confirmação em segunda instância, foi acolhido pelo Tribunal de origem (fls. 103/104). O recurso especial interposto pelo paciente Paulo Roberto Noe, por sua vez, não foi admitido (fls. 105/108).

No presente *mandamus*, alega a impetrante, inicialmente, que "*afigura-se abusiva e flagrantemente ilegal*" a pena imposta aos pacientes. Aduz, ainda, que a sentença, "*além de fugir das balizas do art. 59, afigura-se eminentemente draconiana*". Assere, por fim, que "*o juiz pode se valer do limite máximo da pena em abstrato, mas desde que motive adequadamente o seu ato decisório*".

Defende, ainda, que os pacientes devem cumprir as penas no regime intermediário.

Requer, liminarmente, a suspensão do cumprimento das penas impostas aos pacientes. No mérito, pretende a redução da pena imposta aos pacientes e a fixação do regime inicial semiaberto.

Indeferido o pleito liminar (fls. 120/122) e prestadas as informações (fls. 126/129, 131/135 e 144/148), o Ministério Público Federal opina "*pelo não conhecimento do writ, em razão da inadequação da via eleita, e, caso seja conhecido, pela denegação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ordem" (fls. 154/159).

Estes autos foram distribuídos por prevenção ao HC 135.860/PA, impetrado em favor de um corréu, ao qual neguei seguimento em 20/9/2012.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.214 - PA (2016/0219313-0)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 14 DA LEI 6.368/1976). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CULPABILIDADE ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.
3. Desse modo, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de *discricionariade vinculada*, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódose normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.
4. Conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal violado, são inservíveis para fins de majoração da pena-base (HC 144.765/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).
5. Em atendimento ao princípio da proporcionalidade, quando presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima (HC 341.706/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).
6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento, no caso, deveu-se à existência de circunstância judicial desfavorável, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o 59, ambos do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

A controvérsia jurídica descortinada no presente *writ* cinge-se a análise da fundamentação empregada para majorar a pena-base, na primeira fase do exame dosimétrico, bem como à adequação do regime inicial fechado.

Como é cediço, no que tange aos critérios de dosimetria da pena, adotamos o modelo trifásico proposto por Nelson Hungria, que descreve o cálculo da pena em basicamente três etapas: a) na primeira etapa, fixa-se a pena-base, com fundamento nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal; b) na segunda etapa ou fase intermediária, toma-se por parâmetro a pena-base encontrada, aplicando sobre ela as circunstâncias agravantes ou atenuantes, acaso existentes; c) por fim, na terceira etapa, partindo-se da pena intermediária, chega-se à pena definitiva, reconhecendo a aplicação de eventuais causas de aumento e/ou diminuição de pena.

O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.

Pois bem. Como visto, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de *discrecionalidade vinculada*, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódose normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.

Nessa vereda, essa liberdade limitada na fixação da pena-base deve observar, fundamentalmente, dois parâmetros no estabelecimento do *quantum* inaugural: não deve repetir na fundamentação dos tópicos do artigo 59 os elementos já aquilatados pelo legislador e dispostos no tipo penal, sob pena de *bis in idem*; bem como deve ser feita em consonância com o dever de fundamentação (artigo 93, IX, da Constituição Federal - CF), sobretudo a fim de prestigiar o princípio da ampla defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, um dos argumentos lançados pela impetrante é no sentido de "que o juiz pode impor a pena-base acima do mínimo legal. Mas não pode fazê-lo de modo arbitrário e muitíssimo acima desse mínimo sem uma fundamentação jurídica idônea, como ocorreu na espécie".

Em linha de compasso com os termos do decreto condenatório, vê-se que o magistrado *a quo* reuniu e **valorou negativamente duas circunstâncias judiciais**, quais sejam, *culpabilidade* e *consequências do crime*. Eis o recorte (fls. 36/37):

(...)

Quanto aos acusados Paulo Roberto Noe e Joelb Mendes da Luz, a **culpabilidade dos agentes gerou razoável grau de reprovação social, uma vez que desempenhavam a atividade de transporte da droga**. Os réus são primários e não há registro de antecedentes desabonadores. Não existem informações depreciativas acerca de suas condutas sociais, tampouco sobre suas personalidades. Os motivos do crime baseiam-se no desejo de obter lucro sem o exercício de atividade lícita e a **consequência foi considerável, haja vista a grande dimensão do bando e a expressiva quantidade de cocaína traficada**. A associação era composta por mais de uma dezena de agentes e a substância entorpecente transportada era cocaína, com maior potencial alucinógeno e maior valor de mercado. Era comum o uso de aviões e pistas de pouso clandestinas para evitar a fiscalização dos órgãos de repressão penal. O comportamento da vítima é elemento estranho às práticas criminosas.

Destarte, **fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 150 dias-multa**.

(...)

Para que se assinalasse se tal circunstância estaria afeta ao campo de incidência do tipo penal violado - e aqui faço referência à liça trazida alhures sobre o estabelecimento do *quantum* inaugural de pena -, mister voltar as atenções e perscrutar a prognose legislativa alvejada pelo legislador infraconstitucional na tipificação do crime de associação para o tráfico prevista no art. 14 da Lei 6.368/1976. Analisemos o tipo:

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena - Reclusão, de **3 (três) a 10 (dez) anos**, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Nota-se, pois, que o magistrado, ao valorar negativamente duas circunstâncias judiciais (*culpabilidade* e *consequências do crime*), exasperou, nessa primeira fase, em 2/3 (dois terços) a pena, fixando-a em 5 anos de reclusão e 150 dias-multa.

Todavia, verifico que, na espécie, **no que tange ao juízo acerca da culpabilidade**, não arrola o magistrado elementos concretos dos autos para dar supedâneo às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suas considerações desfavoráveis. Com efeito, não basta afirmar que "*a culpabilidade dos agentes gerou razoável grau de reprovação social, uma vez que desempenhavam a atividade de transporte da droga*", certo que referida circunstância é inerente ao tipo penal em tela.

Dessa forma, a utilização de conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal violado, são inservíveis para fins de majoração da pena-base (HC 144.765/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015). Sobre o tema, eis os julgados:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. FRAUDE CONTRA A RECEITA FEDERAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. VALOR DO DIA-MULTA. CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que, em se tratando de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído a respeito da sentença condenatória para a garantia do contraditório e da ampla defesa.

2. A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', 'lucro fácil', 'causando prejuízo à vítima', quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.

3. Considerando a gravidade concreta do delito e a norma do artigo 59 do Código Penal, que faz menção à necessidade de se atender a reprovação e a prevenção do delito para a imposição do regime carcerário, a existência de circunstâncias judiciais negativas justificam a imposição de regime prisional mais gravoso que o previsto na legislação para o cumprimento da pena que, sendo inferior a 4 anos, é o semiaberto, afigurando-se desarrazoada a fixação, per saltum, do regime fechado.

4. Este Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que a perda do cargo público não é efeito automático da condenação ainda quando a pena é superior a quatro anos, requisitando motivação expressa nos termos do parágrafo único do art. 92 do Código Penal, existente no presente caso.

5. A revisão do valor do dia-multa à luz da condição socioeconômica do réu demanda o reexame de prova, inviável em sede de recurso especial.

6. Recurso parcialmente provido.

(REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE ELEVADA. UTILIZAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELEMENTARES DO TIPO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM PARTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO.

1. Não há como admitir como elevada a culpabilidade dos agentes ao argumento de terem cometido fraude contra a fiscalização tributária como meio de auferir maiores lucros, pois são circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal violado (art. 1º, II e V, da Lei 8.137/90).

2. As consequências do crime, considerado o prejuízo da vítima, no caso o Fisco, é justificativa suficiente para elevar a pena na primeira etapa da dosimetria. Precedentes deste STJ.

3. Ordem concedida parcialmente para, afastada a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade, redimensionar a pena de cada paciente definitivamente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória e do acórdão impugnado.

(HC 154.729/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 2. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PRATICADO À NOITE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DE AGENTES E ORGANIZAÇÃO DO GRUPO. ANÁLISE SOMENTE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. 3. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS DECLINADOS NA PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. ACRÉSCIMO EM 3/8. INCIDÊNCIA. 4. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. 5. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA. **1. Fixar a pena-base acima do mínimo legal pela culpabilidade, declinando a quantidade de atos realizados para a consumação do delito, e não a qualidades desses, a denotar uma maior intensidade do dolo, não é possível, bem como não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas declinando elementos inerentes ao próprio tipo penal.**

(...)

(HC 83523/RO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E ESTELIONATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE COM RELAÇÃO À CULPABILIDADE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA.

(...)

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

V - In casu, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto à culpabilidade, circunstâncias, comportamento da vítima e personalidade, utilizando-se de expressões como: '(...) alto grau de culpabilidade(...)'; '(...) dolo de grande intensidade(...)' e '(...) personalidade do acusado ser voltada para a delinquência(...)' .

VI - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida."

(HC 125.331/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DOS ACUSADOS. INTENSIDADE DO DOLO, MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA NULA. PRECEDENTES DO STJ.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Na hipótese, quanto à circunstância relativa à culpabilidade dos pacientes, verifica-se que o magistrado, impropriamente, sopesou a intensidade do dolo da conduta delitiva, consubstanciado apenas no argumento vago e genérico da consciência destes de participação de uma organização criminoso.

3. A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

4. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte e no Pretório Excelso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base.

5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envolvimento penais pretéritos dos agentes ('propósitos voltados para a atividade criminoso'), novamente, de forma imprópria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. 6. Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes. (HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007 p. 550)

Em assim sendo, à míngua de maiores predicativos satelitários à circunstância invocada, não se mostra possível a valoração desfavorável referente à culpabilidade do agente, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal.

De rigor, portanto, o decote referente à valoração negativa acerca da "culpabilidade", ante a ausência de fundamentação idônea.

No que tange ao juízo negativo acerca das consequências do crime, assim consignou o magistrado, *verbis*:

(...) a consequência foi considerável, haja vista a grande dimensão do bando e a expressiva quantidade de cocaína traficada. A associação era composta por mais de uma dezena de agentes e a substância entorpecente transportada era cocaína, com maior potencial alucinógeno e maior valor de mercado. Era comum o uso de aviões e pistas de pouso clandestinas para evitar a fiscalização dos órgãos de repressão penal".

Observa-se, pois, que, a aplicação da pena-base acima do mínimo encontra-se devidamente justificada. No entanto, **há que se fazer pequeno reparo no tocante ao quantum da exasperação havida.**

Isso porque, ausentes quaisquer outras circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, e não apresentado nenhum elemento concreto que justifique a elevação da reprimenda, senão aqueles apontados em relação às consequências do crime - os quais, diga-se de passagem, não se distanciam muito dos elementos próprios do delito imputado -, **revela-se desproporcional o recrudesimento da sanção em 2 anos, ou 2/3 (dois terços) da pena mínima.**

Em hipóteses semelhantes à presente, em que presente uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima (HC 341.706/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016), conforme se depreende dos seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. **RECONHECIMENTO DE UMA ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.** MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - É desarrazoada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, na fração de 1/5 (um quinto), em virtude do reconhecimento de uma única circunstância judicial desfavorável, sem fundamentação idônea e concreta referente a elementos constantes dos autos. **Adequada, portanto, a redução, pela decisão agravada, do patamar de aumento da pena-base à fração jurisprudencialmente fixada de 1/6 (um sexto).**

II - A aplicação de reprimenda penal sem a devida motivação consiste em ilegalidade flagrante, cujo reconhecimento independe de revolvimento do acervo fático-probatório, tendo o condão de supedanejar a concessão de habeas corpus, de ofício, por esta Corte.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 348.838/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/8/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A PRIMEIRA PARTE DO § 3º DO ART. 157 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. QUANTIDADE DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Nesta Corte, prevalece o entendimento de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza quando, independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, há dolo de roubar e de matar, e o resultado agravador somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Precedentes.

2. Na espécie, a instância antecedente concluiu que o paciente, em conluio com outros agentes, teve intenção de matar, pois "a ação foi de extrema intrepidez e de desmedida violência: utilizaram um caminhão para se chocar contra o carro forte, para, em seguida, disparar tiros com armas de grosso calibre contra o veículo e seus ocupantes".

3. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem demandaria necessária dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional.

4. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente.

5. Quanto às circunstâncias do crime, os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o modus operandi empregado, que revela a maior gravidade do crime. A colisão proposital de um caminhão contra um carro-forte e o disparo de vários tiros contra os ocupantes evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado, porquanto aumentaram os riscos sofridos pelas vítimas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Não há ilegalidade no aumento da sanção em decorrência da valoração negativa das circunstâncias do crime, pois o quantum de 4 anos corresponde a pouco mais 1/6 da reprimenda estabelecida, fração de aumento aceita pela jurisprudência desta Corte como sendo razoável e proporcional pelo reconhecimento de uma vetorial negativa.

7. *Habeas Corpus* não conhecido (HC 333.374/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/3/2016)

Assim, impõe-se o refazimento da dosimetria.

Sendo estas as considerações acerca da primeira fase da dosimetria, tenho que, de um total de 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, apenas 1 (uma) delas subsiste, qual seja, as *circunstâncias do crime*.

Nessa vereda, mais consentâneo com o caso em espécie é a aplicação, como dito alhures, do consagrado parâmetro de 1/6 (um sexto) para a circunstância judicial desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo da pena em abstrato do preceito secundário do tipo.

Dessa forma, fixo a pena básica em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, resultando em 3 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa. Na sequência, em razão do reconhecimento da circunstância de aumento prevista no art. 18 da Lei 6.368/1976 (*transnacionalidade do tráfico*), no patamar de 1/3 (um terço), **fixo a pena em definitivo em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 77 dias-multa.**

No que concerne à adequação do regime inicial de cumprimento de pena, a pretensão autoral não merece prosperar.

Veja-se, em especial, o disposto no § 3º do art. 33 do Estatuto Repressivo, que faz menção ao exame das circunstâncias judiciais para o estipulação do regime carcerário, *in verbis*:

Art. 33. § 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Com efeito, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta aos pacientes, no caso, deveu-se à existência de **circunstância judicial desfavorável**, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal.

Dessarte, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA ADEQUADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregação do réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Não há ilegalidade na decisão que nega ao recorrente o benefício do recurso em liberdade, quando persistem os requisitos da prisão cautelar anteriormente decretada, consubstanciada na necessidade de garantia da ordem pública, dada a concreta periculosidade do agente, surpreendido com elevada quantidade de cocaína - 2.064 g (dois mil e sessenta e quatro gramas) de cocaína -, quando tentava embarcar para Madrid/Espanha, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP.

3. Fixada a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, a escolha do regime inicial fechado é a adequada, visto que desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, consoante disposto no artigo 33 e parágrafos, do Código Penal.

4. Recurso não provido.

(RHC 38.717/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE QUE OS PACIENTES NÃO POSSUEM MAUS ANTECEDENTES. NÃO JUNTADA AOS AUTOS DA FOLHA DE ANTECEDENTES INDICADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A parte Impetrante não fez prova constituída nos autos do presente writ de que os Pacientes não possuem maus antecedentes, deixando de juntar as folhas de antecedentes criminais às quais fez referência o magistrado sentenciante, o que inviabiliza a alegação de que houve impropriedade na valoração negativa dos maus antecedentes, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59 do Código Penal.

4. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. **No caso, a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável. Assim, considerando o quantum de pena estabelecido, incidem na espécie as regras previstas no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, de modo que é cabível o regime inicial fechado.**

6. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 289.663/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

Ante o exposto, **não conheço** da impetração, mas **concedo a ordem de ofício** a fim de reduzir a sanção imposta aos pacientes para **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 77 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0219313-0

HC 368.214 / PA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015625019994013901 15625019994013901 199939010015600 6422008

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: WALKIRIA DE AZEVEDO TERTULINO
ADVOGADA	: WALKÍRIA DE AZEVEDO TERTULINO - RR000105A
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE	: PAULO ROBERTO NOE
PACIENTE	: JOELB MENDES DA LUZ
CORRÉU	: LEONARDO DIAS DE MENDONÇA
CORRÉU	: IVANILSON ALVES
CORRÉU	: PEDRO MIZUEL ALVES FERREIRA
CORRÉU	: OSMAR ANASTÁCIO
CORRÉU	: ANTENOR JOSÉ PEDREIRA
CORRÉU	: WALDERES ALMEIDA LACERDA
CORRÉU	: WILSON MOREIRA TORRES
CORRÉU	: ADÃO MARTINS ASSUNÇÃO
CORRÉU	: JUAREZ DE SOUZA SILVA
CORRÉU	: WILTON BORGES DO VALE
CORRÉU	: MARCOS JOSÉ ROCHA SILVA
CORRÉU	: ECIVAL DE PÁDUA SANTOMÉ
CORRÉU	: AMARILDO OLIVEIRA BERIGO
CORRÉU	: JOSÉ AUGUSTO MARCONDES DE MOURA JÚNIOR

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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