



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.972 - DF (2016/0287229-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : WILSOMAR SOUSA SILVA
ADVOGADO : WILSOMAR SOUSA SILVA - DF045687
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WESLEY GLEISON DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA DETRAÇÃO. PROVIDÊNCIA INÓCUA. AUSÊNCIA DE REFLEXOS NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a acentuada culpabilidade decorrente da atuação do paciente no tráfico de drogas "com requintes de profissionalismo", bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida - 48 kg de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha

2. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. O paciente permaneceu preso por 8 meses e 13 dias, razão pela qual é inócua a providência de análise da detração, porquanto não terá nenhum reflexo no regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a reprimenda final do paciente restou fixada em 9 anos e 4 meses de reclusão.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

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 habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 376.972 - DF (2016/0287229-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : WILSOMAR SOUSA SILVA
ADVOGADO : WILSOMAR SOUSA SILVA - DF045687
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WESLEY GLEISON DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY GLEISON DOS SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação n.º 20150110769975).

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 800 dias-multa. Foi absolvido da imputação tipificada no art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

No que interessa, colhe-se do *decisum* (fls. 44/46):

3.2. WESLEY GLEISON DOS SANTOS

1ª fase - circunstâncias judiciais

Culpabilidade: a ação do réu foi marcada por alto grau de censurabilidade, visto que atuou na prática de tráfico de drogas com habitualidade e requintes de profissionalismo, de tal modo que sua pena base deve ser aumentada neste momento.

Antecedentes e conduta social: o acusado é primário e não há maiores elementos acerca de sua conduta social.

Personalidade: não há maiores elementos.

Motivos do crime: no que toca aos motivos do crime, vale destacar que o réu enveredou-se para o tráfico com o propósito de auferir lucro em larga escala, já que se dedicava ao comércio de drogas de forma organizada e profissional.

Consequências: as consequências da ação criminosa são extremamente graves, considerando que o tráfico de entorpecentes constitui, nos dias atuais, um verdadeiro flagelo social.

Circunstâncias: os fatos relacionados às circunstâncias do crime já foram abordados nas circunstâncias acima, nada mais havendo a ser acrescentado.

Circunstância especial prevista no art. 42 da Lei de Drogas: a natureza e a quantidade da droga apreendida autorizam o aumento da pena, tendo em vista que o réu participou da aquisição e do transporte de 48 porções de pasta base de cocaína que somaram 48kg de massa líquida.

Assim, fixo a pena base em 9 (nove) anos de reclusão.

2ª fase - agravantes e atenuantes

Ausentes agravantes e atenuantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3ª fase - causas de aumento e de diminuição

Presente a causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas, aumento a pena em 1/6 (um sexto).

Pena definitiva - Assim, a pena privativa de liberdade fica definitivamente fixada em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Pena de multa - No que tange à pena de multa, atento ao disposto no artigo 43 da Lei de Drogas, fixo-a em 800 (oitocentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 1/10 (um décuplo) do salário mínimo vigente à época da prática do crime, considerando que o réu possuía patrimônio razoável e se envolvia em transações ilícitas que movimentavam grandes somas em dinheiro.

3.3. DISPOSIÇÕES FINAIS

Em relação à fixação do regime, cabe asseverar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o Habeas Corpus 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, levando-se em conta a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

Assim, e diante das reprimendas impostas, entendo que a pena, em relação a ambos os réus, deverá ser cumprida em regime inicial fechado, com base no art. 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, do Código Penal, tendo em vista tratar-se de tráfico de drogas, em grande quantidade, praticado em âmbito interestadual.

Detração - Lei 12.736/2012 - Nos termos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012, "o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade."

A nova redação dada ao § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal pela Lei 12.736/12 inaugura um novo cálculo na sentença condenatória, atribuindo ao juiz de conhecimento competência para realizar a detração penal para fins únicos e exclusivos de fixação do regime inicial da pena, devendo, para tanto, observar os lapsos temporais mínimos de 1/6 ou 2/5, no caso de réu primário, a 3/5, se reincidente, previstos, respectivamente, na Lei de Execuções Penais e na Lei dos Crimes Hediondos, como requisitos objetivos necessários para a progressão de regime.

Para fins de aplicação da detração penal, introduzida pela Lei 12.736/2012, verifica-se que os sentenciados Gilmar Rodrigues e Wesley Gleison encontram-se custodiados provisoriamente desde 07/07/2015 e 10/09/2015, respectivamente, porém, tendo em vista que o tráfico de drogas é caracterizado como crime equiparado a hediondo, cuja lei estabelece patamar diferenciado de progressão, deveriam ter cumprido pelo menos 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos), no caso de réu primário e reincidente, respectivamente, da pena privativa de liberdade imposta para,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em uma análise meramente objetiva fazer jus à detração penal e, considerando que ainda não houve o devido transcurso, mantenho o regime inicial fechado.

Mantenho as prisões preventivas dos réus, pelos seguintes fundamentos: a) por terem sido condenados por crimes graves, sendo o tráfico de drogas equiparado a hediondo; b) pelo fato de Gilmar Rodrigues ostentar a condição de reincidente; c) porque estão presentes os requisitos da prisão cautelar, notadamente a garantia da ordem pública, pois praticaram tráfico de drogas em larga escala, em grande quantidade, em âmbito interestadual, e para evitar a reiteração criminosa, tendo em vista a grande quantidade de droga apreendida, indicativo claro que participavam de tráfico de drogas em larga escala.

Recomendem-se os réus nas prisões em que eles se encontram.

Inconformada, a Defesa apelou requerendo a absolvição do réu por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a redução da pena estabelecida e modificação do regime prisional imposto.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do paciente e do corréu, para excluir o exame negativo dos motivos e consequências do crime de ambos, redimensionando a pena do ora paciente ao patamar de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 700 dias-multa.

No mais a sentença foi mantida. Eis o teor do aresto:

(...)

Também não procede o pleito da Defesa de WESLEY para a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11 343/2006 porquanto, embora se, a primário, possuidor de bons antecedentes, e não haja nos autos comprovação de que integra organização criminosa, **há provas suficientes tanto em relação a ele quanto em relação ao corréu GILMAR, de que se dedicavam a atividades criminosas**, a saber, o tráfico de drogas, mormente diante da extrema quantidade apreendida; que serviria para atingir extremo número de pessoas viciadas, não podendo ser considerados como traficantes ocasionais, pelo contrário, **demonstraram fazer deste ilícito os seus meios de subsistência**, inclusive diante dos patrimônios que possuem e da ausência de comprovação de atividade laboral lícita que os justifiquem.

Dosimetria da pena

I - WESLEY GLEISON DOS SANTOS

Na primeira etapa, a douta autoridade sentenciante considerou desfavoráveis a culpabilidade do réu, os motivos e as consequências do crime, assim como a natureza e a quantidade da droga apreendida (circunstância especial do art. 42 da LAD), fixando a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão.

A douta Defesa Técnica postulou a fixação da pena-base no mínimo legal, sob a alegação de que os argumentos utilizados na sentença para macular a culpabilidade do réu, os motivos e as consequências do crime são inerentes ao próprio tipo penal.

Com parcial razão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à culpabilidade, deve ser entendida como juízo de censurabilidade da conduta do agente, averiguando se atingiu um maior grau de reprovabilidade - que pode ostentar diversos níveis.

"In casu", para valorar negativamente a referida circunstância judicial, argumentou o douto magistrado "a quo", de forma acertada, que **o réu agiu no tráfico de drogas com requintes de profissionalismo, questão devidamente comprovada nos autos, tanto que sempre usava um orelhão (telefone público) para as tratativas atinentes à prática ilícita e, ainda, se utilizava de linguagem truncada com o fim específico de disfarçar o real propósito delitivo**. No que concerne aos motivos do delito, o Juiz sentenciante ressaltou, em síntese, que o réu enveredou-se para o tráfico de drogas com o propósito de auferir lucro em larga escala, já que se dedicava ao comércio de drogas de forma organizada e profissional (fl. 324).

No ponto, ousou divergir, pois os argumentos esposados não traduzem fundamentação idônea a justificar a valoração desfavorável dos motivos do crime, seja por se tratar de pretensão comum, inerente à própria prática do delito de tráfico, seja por já ter sido utilizada para macular outra circunstância judicial.

No emprego das consequências do crime, cabe analisar a intensidade do dano decorrente da conduta delitiva ou o grau de propagação do resultado, não obrigatoriamente típico, no meio social, não se vislumbrando, "in casu", qualquer elemento indicador de uma consequência que não seja inerente ao conceito analítico do delito de tráfico, mesmo porque a constituição de "flagelo social" não é argumento necessário para julgar extrapolada a normalidade criminosa em destaque.

No que tange à natureza e à quantidade da droga apreendida, consigne-se que são critérios específicos de dosimetria, a serem apreciadas ao lado das condições do art. 59 do Código Penal, consoante previsão do art. 42 da LAD:

(...)

"In casu", **a natureza da droga (pasta base de cocaína) e a sua extrema quantidade (48 kg - quarenta e oito quilogramas) autorizam a elevação da reprimenda**, conforme considerou a eminente autoridade judiciária.

Nesse ínterim, afasto a valoração desfavorável dos motivos e das consequências do crime, mantendo as máculas atinentes à culpabilidade do réu e da natureza e quantidade da droga apreendida (circunstância especial prevista no art. 42 da LAD), razão pela qual fica a pena-base estipulada em 8 (oito) anos de reclusão, levando em consideração a expressividade da segunda circunstância - natureza e grande quantidade da droga.

Na segunda fase, ausentes agravantes e/ou atenuantes, a reprimenda se mantém inerte.

Na terceira e última fase, ausentes causas de diminuição e presente a causa de aumento prevista no inciso V do artigo 40 da Lei 11.343/2006 (tráfico entre Estado da Federação e o Distrito Federal), a douta autoridade sentenciante majorou a reprimenda no patamar mínimo, isto é, em 1/6 (um sexto). Assim, diante dos ajustes efetuados nas fases anteriores, fixo a pena corporal definitiva em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

No que tange à pena de multa, a fim de guardar proporcionalidade com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a reprimenda privativa de liberdade, reduzo-a para 700 (setecentos) dias-multa, e mantenho o cálculo destes em 1/10 (um décuplo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, conforme fixado na sentença, considerando que o réu possui patrimônio razoável e se envolveu em transação ilícita de grande monta.

Em observância ao artigo 33, § 2º, alíneas "a", e § 3º, do Código Penal, mantém-se o regime inicial fechado, estabelecido na sentença, em razão do "quantum" da pena corporal, não havendo falar em aplicação de regime mais brando.

Extraí-se dos autos que já foi expedida Carta de Guia Provisória ao réu (fls. 331-331 verso), possibilitando ao juízo da Vara de Execuções Penais - VEP, na oportunidade, a verificação acerca da adaptação do regime prisional, portanto, inaplicável nesta ocasião o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

(...)

ISTO POSTO:

a) dou parcial provimento ao recurso do réu WESLEY GLEISON ALBINO para afastar a valoração desfavorável atinente aos motivos e conseqüências do crime, fixando sua pena definitiva em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa; (...)

Mantenho, no mais, a respeitável sentença (fls. 62/67) (grifou-se).

Neste *mandamus*, insurgem-se os impetrantes contra o montante da reprimenda fixada e o regime prisional estabelecido.

Alegam que o argumento utilizado pelo juízo de origem, e mantido em segundo grau de jurisdição, para considerar como desfavorável a circunstância judicial da culpabilidade e afastar a pena-base do mínimo é inerente ao próprio tipo penal, devendo ser afastado.

Asserem que ao majorar para 1 ano e 6 meses a valoração de cada circunstância negativa a Corte de origem incorreu em *reformatio in pejus*, tendo em vista tratar-se de recurso exclusivo da Defesa.

Defendem que "segundo esta linha de pensamento, seria exigível, a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizados, de modo a contemplar o princípio da motivação, ou fundamentação das decisões, disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal" (fl. 8).

Sustentam que todas as circunstâncias são favoráveis ao acusado, razão pela qual não se justificaria acréscimo maior que um ano em razão da circunstância da culpabilidade e do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Asseveram que o magistrado, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de estabelecer o regime prisional adequado. Afirmam que, afastada a pena indevidamente arbitrada e descontado o período em que o acusado esteve encarcerado, seria possível o início do cumprimento da pena em regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressaltam que o paciente preenche todos os requisitos legais para obter a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em grau máximo. Afirmam que "mostra-se inidôneo o argumento utilizado para negar a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da LAT, qual seja o tráfico interestadual de drogas, mormente quando utilizado também para exasperar a pena com base no art. 40, inc. V, do mesmo diploma legal, violando assim o princípio do *ne bis in idem*" (fl. 14).

Requerem, liminarmente, seja afastado o aumento de fração efetuado pelo Tribunal *a quo*, seja detraído o tempo de pena já cumprido e estabelecido o regime semiaberto para iniciar o desconto da reprimenda faltante.

No mérito pede que "seja conhecido e provido o presente *Mandamus*, a fim de que seja afastada a circunstância judicial da culpabilidade prevista no art. 59 do CP, uma vez que os argumentos utilizados para sua valoração, são inerentes ao próprio tipo penal, que a pena base seja fixada no mínimo legal bem como que seja aplicada ao presente caso a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, e que a redução se dê em seu grau máximo" (fl. 17).

A liminar foi indeferida às fls. 90/95.

Foram prestadas informações às fls. 101/195 e 198/200.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Elaeres Marques Teixeira, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 203/218).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.972 - DF (2016/0287229-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA DETRAÇÃO. PROVIDÊNCIA INÓCUA. AUSÊNCIA DE REFLEXOS NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a acentuada culpabilidade decorrente da atuação do paciente no tráfico de drogas "com requintes de profissionalismo", bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida - 48 kg de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha

2. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. O paciente permaneceu preso por 8 meses e 13 dias, razão pela qual é inócua a providência de análise da detração, porquanto não terá nenhum reflexo no regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a reprimenda final do paciente restou fixada em 9 anos e 4 meses de reclusão.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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.

Não se vislumbra, *in casu*, manifesto constrangimento ilegal no tocante à exasperação da pena-base, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto.

Confira-se a fundamentação adotada pela Corte de origem acerca da primeira fase da dosimetria:

Em relação à culpabilidade, deve ser entendida como juízo de censurabilidade da conduta do agente, averiguando se atingiu um maior grau de reprovabilidade - que pode ostentar diversos níveis.

"In casu", para valorar negativamente a referida circunstância judicial, argumentou o douto magistrado "a quo", de forma acertada, que **o réu agiu no tráfico de drogas com requintes de profissionalismo, questão devidamente comprovada nos autos, tanto que sempre usava um orelhão (telefone público) para as tratativas atinentes à prática ilícita e, ainda, se utilizava de linguagem truncada com o fim específico de disfarçar o real propósito delitivo**. No que concerne aos motivos do delito, o Juiz sentenciante ressaltou, em síntese, que o réu enveredou-se para o tráfico de drogas com o propósito de auferir lucro em larga escala, já que se dedicava ao comércio de drogas de forma organizada e profissional (fl. 324).

No ponto, ousou divergir, pois os argumentos esposados não traduzem fundamentação idônea a justificar a valoração desfavorável dos motivos do crime, seja por se tratar de pretensão comum, inerente à própria prática do delito de tráfico, seja por já ter sido utilizada para macular outra circunstância judicial.

No emprego das consequências do crime, cabe analisar a intensidade do dano decorrente da conduta delitiva ou o grau de propagação do resultado, não obrigatoriamente típico, no meio social, não se vislumbrando, "in casu", qualquer elemento indicador de uma consequência que não seja inerente ao conceito analítico do delito de tráfico, mesmo porque a constituição de "flagelo social" não é argumento necessário para julgar extrapolada a normalidade criminoso em destaque.

No que tange à natureza e à quantidade da droga apreendida, consigne-se que são critérios específicos de dosimetria, a serem apreciadas ao lado das condições do art. 59 do Código Penal, consoante previsão do art. 42 da LAD:

(...)

"In casu", **a natureza da droga (pasta base de cocaína) e a sua extrema quantidade (48 kg - quarenta e oito quilogramas) autorizam a elevação da reprimenda**, conforme considerou a eminente autoridade judiciária.

Nesse íterim, afasto a valoração desfavorável dos motivos e das consequências do crime, **mantendo as máculas atinentes à culpabilidade do réu e da natureza e quantidade da droga apreendida** (circunstância especial prevista no art. 42 da LAD), razão pela qual fica a pena-base estipulada em 8 (oito) anos de reclusão, levando em consideração a expressividade da segunda circunstância - natureza e grande quantidade da droga (fls. 62/63) (grifou-se).

Com efeito, o Colegiado estadual, muito embora tenha afastado a valoração negativa dos motivos e circunstâncias do crime, fixou a pena-base acima do mínimo legal por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerar acentuada culpabilidade do paciente, decorrente da atuação no tráfico de drogas "com requintes de profissionalismo", destacando, ainda, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 48 kg de cocaína.

Impende registrar que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesta senda, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de 24.2.2015. Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de inteligência, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre a dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da individualização da pena deliberados no édito condenatório, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância.

Dessarte, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha.

Nesta esteira de inteligência, levando-se em consideração a culpabilidade e a quantidade e natureza da droga apreendida, o Colegiado estadual entendeu ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VÍDEO CONFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. VIDEOCONFERÊNCIA REALIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.900/2009. MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio da pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal. Precedentes.

IV - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.

V - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 13,9 kg (treze quilos e novecentos gramas) de cocaína -, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Precedentes.

VI - Na hipótese de tráfico privilegiado, não enseja bis in idem a valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), em seu grau máximo. Precedentes.

VII - Não se configura flagrante ilegalidade a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do Paciente. Precedentes.

VIII - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IX - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 222.037/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA ENCONTRADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.

1. Conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, o montante de entorpecente apreendido, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre as circunstâncias judiciais, sendo devido o aumento implementado na primeira fase da dosimetria da pena, ainda que favoráveis todas as balizas previstas no art. 59 do CP.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITÓXICOS. RÉU REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. "São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante." (HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 222.544/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 12/02/2014)

Outrossim, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Eis o que consignou o Colegiado estadual sobre o tema:

(...) não procede o pleito da Defesa de WESLEY para a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11 343/2006 porquanto, embora se, a primário, possuidor de bons antecedentes, e não haja nos autos comprovação de que integra organização criminosa, **há provas suficientes tanto em relação a ele quanto em relação ao corréu GILMAR, de que se dedicavam a atividades criminosas**, a saber, o tráfico de drogas, mormente diante da extrema quantidade apreendida; que serviria para atingir extremo número de pessoas viciadas, não podendo ser considerados como traficantes ocasionais, pelo contrário, **demonstraram fazer deste ilícito os seus meios de subsistência**, inclusive diante dos patrimônios que possuem e da ausência de comprovação de atividade laboral lícita que os justifiquem (fl. 62) (grifou-se).

Verifica-se, dessarte, que o Tribunal *a quo* concluiu, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afirmando, expressamente, que o paciente se dedica a atividade criminosa. Para se infirmar tal assertiva, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do habeas corpus (Precedentes).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 305.713/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicaram a dedicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusada a atividades criminosas. As instâncias ordinárias mencionaram a variedade e a grande quantidade de drogas apreendidas, a existência de fortes indícios de ligação da acusada com o grupo criminoso conhecido como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a apreensão de diversos elementos diretamente relacionados ao tráfico de drogas, a ausência de comprovação de exercício de atividade lícita.

3. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. No caso, o juiz sentenciante determinou a imposição do regime inicial fechado, sem apontar nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

6. Transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar o caso em exame, aferindo a eventual possibilidade de, com base nas particularidades do caso concreto, fixar à acusada regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

7. Mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

(HC 277.140/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014)

De mais a mais, quanto ao pleito referente à detração, mister esclarecer que o paciente permaneceu preso de 10.9.2015 a 23.5.2016 (data de prolação da sentença condenatória), 8 meses e 13 dias, pois, consoante consta dos autos (fl. 46).

Assim, verifica-se que seria inócua a providência de remessa dos autos ao Tribunal de origem para que análise do tema, haja vista que, pelo tempo em que permaneceu preso, não haverá reflexos ao regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a reprimenda final do paciente foi fixada em 9 anos e 4 meses de reclusão.

Nada a prover no ponto, por conseguinte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0287229-4

HC 376.972 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0023027182015807001 182015 20140111031216 201401110312164 20150110631806
201501106318064 20150110698695 20150110769975 20150111011750
23027182015807001

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	: WILSOMAR SOUSA SILVA
ADVOGADO	: WILSOMAR SOUSA SILVA - DF045687
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: WESLEY GLEISON DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: GILMAR RODRIGUES ALBINO

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 habeas corpus, 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.