



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.441 - RJ (2016/0333852-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FELIPE BATALHA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TERCEIRO COMANDO PURO. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDAS BÁSICAS FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (II) ART. 40, INCISO IV, DA LEI N. 11.343/2006. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ACRÉSCIMO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS). MOTIVAÇÃO CONCRETA.

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

2. Ademais, "a exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizadas para aumentar a pena-base" (HC 353.839/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016).

3. Na espécie, correto o aumento da pena-base do crime de associação para o tráfico, tendo em vista a atuação do paciente como segurança armado do traficante "Professor", líder da facção criminosa nas localidades conhecidas como Coréia, Rebu, Favelinha e Sapo. Destacou o sentenciante, ademais, que o paciente efetuava a cobertura do referido traficante no momento da prisão em flagrante, ocasião em que trocou tiros com os policiais militares. Também sublinhou a gravidade concreta da conduta perpetrada e a periculosidade do sentenciado, retratando sua posição de destaque na organização criminosa e a confiança que detinha dos comandantes da associação.

4. Relativamente ao crime de tráfico de drogas, as instâncias de origem, respeitando os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como aos pormenores da situação em desfile, aumentaram a reprimenda básica em 1 (um) ano, destacando a quantidade de substância entorpecente apreendida - 3.560g (três mil, quinhentos e sessenta gramas) de maconha, acondicionados em 1.369 (mil, trezentos e sessenta e nove) pequenos sacos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plásticos, bem como 14 (catorze) quadrados de aproximadamente 10x10 milímetros de ácido lisérgico, vulgarmente conhecido como LSD.

5. A quantidade de substância ilícita apreendida configura-se, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, circunstância preponderante na fixação da reprimenda. Desse modo, não há teratologia no cálculo da sanção a justificar a concessão da ordem.

6. A Lei n. 11.343/2006 estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência das causas de aumento descritas no art. 40. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, dentro dos limites legais e nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

7. Na espécie, a fração de 2/3 (dois terços) foi aplicada considerando o elevado número de artefatos apreendidos – 1 (um) fuzil calibre 7.62mm, com numeração suprimida, com 19 (dezenove) cartuchos do mesmo calibre, 2 (duas) granadas de fabricação exclusiva das Forças Armadas, 1 (um) fuzil calibre 5.56mm, com numeração suprimida, com 32 (trinta e dois) cartuchos do mesmo calibre, e 1 (uma) pistola calibre 9mm, com numeração suprimida.

8. Desse modo, não há teratologia manifesta a ser sanada, pois atende ao dever de individualização da reprimenda a punição mais severa do agente diante do forte aparato bélico utilizado pela associação criminosa. Precedentes.

9. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.441 - RJ (2016/0333852-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FELIPE BATALHA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FELIPE BATALHA DA SILVA, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relatora a Desembargadora Katia Maria Amaral.

Foi o paciente denunciado pela prática dos crimes descritos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso IV, e no art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006.

Segundo a peça acusatória, no dia 7 de agosto de 2012, na Comunidade da Coréia, o paciente e o corréu, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios, traziam consigo **3.560g (três mil, quinhentos e sessenta gramas) de maconha, acondicionados em 1.369 (mil, trezentos e sessenta e nove) pequenos sacos plásticos, bem como 14 (catorze) quadrados de aproximadamente 10 X 10 milímetros de ácido lisérgico, vulgarmente conhecido como LSD**, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Narrou o titular da ação penal pública que os crimes foram praticados com o emprego de armas de fogo e artefatos explosivos, quais sejam, 1 (um) fuzil calibre 7.62mm, com numeração suprimida, com 19 (dezenove) cartuchos do mesmo calibre, 2 (duas) granadas de mão, 1 (um) fuzil calibre 5.56mm, com numeração suprimida, com 32 (trinta e dois) cartuchos do mesmo calibre, 1 (uma) pistola calibre 9mm, com numeração suprimida, com 5 (cinco) cartuchos, e 1 (um) cinto tático para pistola, consoante auto de apreensão.

Esclareceu a incoativa, outrossim, que o paciente, de forma livre e consciente, estava associado a outros traficantes integrantes da organização criminosa conhecida como Terceiro Comando Puro para o fim de praticar, reiteradamente ou não,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o crime de tráfico de entorpecentes.

Descreveu que o paciente FELIPE BATALHA DA SILVA, vulgo "PIU-PIU", possuía, como atribuição principal dentro da associação criminosa, a de segurança armada do traficante JÚLIO CÉSAR, vulgo "PROFESSOR".

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado, nos termos da peça acusatória, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mais o pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, pelo crime de associação para o tráfico, bem como à pena de 10 (dez) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 916 (novecentos e dezesseis) dias-multa, pelo delito de tráfico de entorpecentes.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 25 de outubro de 2016, os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara de Direito Criminal deram parcial provimento ao recurso de corrêu e negaram provimento aos demais inconformismos, expedindo mandados de prisão.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública a ilegalidade, ante a falta de fundamentação idônea, da decisão que manteve as reprimendas básicas aplicadas ao paciente acima do mínimo legal.

Destaca que o sentenciado é primário, com bons antecedentes, contando com apenas 18 (dezoito) anos de idade ao ser preso em flagrante.

Reverbera que a fundamentação de que o paciente era o braço-direito do traficante "Professor" e que ocupava posição de extrema confiança na associação criminosa é absolutamente inidônea.

Pondera que os argumentos relativos à personalidade e à conduta social não podem ser utilizados para fins de exasperação da pena-base, porquanto evidente resquício de Direito Penal do Autor no ordenamento jurídico pátrio.

Relativamente à conduta social, destaca que se caracteriza pelo comportamento do agente perante a sociedade, família, vizinhos, colegas de trabalho. Nesse contexto, assere que o fato de o acusado possuir a função de segurança de traficante líder da associação criminosa não caracteriza conduta social negativa, já que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inerente aos próprios elementos do tipo penal.

Elucida, a propósito, que nos termos da jurisprudência desta Casa, a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura a respeito do tema. Sublinha que a análise dessa circunstância demanda o conhecimento de áreas específicas, como a psicologia e a psiquiatria, as quais não são adquiridas nos bancos acadêmicos das faculdades de Direito.

Diante disso, entende imperiosa a redução das penas-base do paciente ao mínimo legal, ou a patamar próximo ao mínimo.

Assere, ademais, que, o paciente nasceu em 15 de outubro de 1993 e contava com 18 (dezoito) anos de idade no momento da prisão em flagrante.

Além disso, sublinha que o acusado confessou ser segurança do traficante Júlio César, vulgo "Professor", no momento da custódia antecipada, depoimento que serviu de prova a amparar sua condenação.

Por fim, argumenta que, no caso, as reprimendas foram acrescidas, nos termos do art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006, em 2/3 (dois terços) sem que fosse registrada excepcionalidade a justificar o aumento superior ao mínimo.

Assim, busca a redução do patamar de aumento aplicado na terceira fase do cálculo da dosimetria para 1/6 (um sexto).

Não houve pedido liminar.

Dispensadas as informações, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento do *writ*.

Eis a ementa do parecer (e-STJ fl. 238/239):

PENAL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (TERCEIRO COMANDO PURO). ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSIÇÃO DE DESTAQUE NA OCRIM E GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS E MUNIÇÕES APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO E MENORIDADE. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFISSÃO NÃO UTILIZADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO HÁBIL QUE COMPROVE A MENORIDADE. MAJORANTE PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. UTILIZAÇÃO DE GRANADAS, FUZIS E PISTOLAS, EXCLUSIVOS DAS FORÇAS ARMADAS. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O habeas corpus, impetrado como substitutivo de recurso especial, revela sua utilização indevida e deve ser combatido, ainda mais quando não há teratologia a eliminar, como no presente caso.

2. "A pena-base da paciente em relação aos delitos de tráfico e formação de quadrilha foram fixadas acima do mínimo legal, por entenderem, tanto o Juízo de primeiro grau quanto o Tribunal a quo, que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe eram favoráveis, ficando demonstrado, com clareza, que a paciente fazia parte e atuava em posição de destaque, em intrincada organização criminoso que fazia do tráfico meio de vida, movimentando não só vultosas quantias de dinheiro, mas também grandes quantidades de drogas. Ordem não conhecida(STJ, HC 152.181 /DF. Rei. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 26/10/2012).

3. "Verificando-se que a Corte de origem não apreciou as questões relativas ao almejado reconhecimento das atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea em favor do paciente, inviável a análise dessas matérias diretamente por este Sodalício, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância." (STJ, HC 140.692/MS, Rei. Ministro JOROE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/05/2011).

4. A eventual confissão espontânea não foi utilizada pelo magistrado na formação de sua convicção sobre os fatos, portanto indevida a sua incidência como atenuante genérica na dosimetria da pena." (STJ, AgRg no REsp 1332113/SP, Rei. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 16/12/2013).

5. Inviável o reconhecimento, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da atenuante genérica da menoridade relativa, pois além de ausente documento hábil para comprovar a alegada menoridade relativa do paciente à época dos fatos, a matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem (STJ, HC 153.505/SP, Rei. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/05/2011).

6. "Não há constrangimento ilegal no ponto em que Juiz de primeiro grau entendeu devido o aumento máximo de 2/3, na terceira fase de aplicação da pena, em razão do emprego de arma de fogo, tendo apontado elementos concretos que, efetivamente, Justificaram o porquê da sua escolha. Assentou, assim, que o réu, além de integrar a facção criminoso Terceiro Comando há 5 anos, foi preso em poder de um rádio transmissor e portava uma pistola de grosso calibre (.45), além de munição e uma granada, armas de grande potencial ofensivo, importadas e de uso restrito, empregadas para garantir o comércio ilícito (STJ, HC 213.197/RJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rei. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 20/04/2016).

7. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.441 - RJ (2016/0333852-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Na espécie, o magistrado singular, ao condenar o paciente pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso IV, e no art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006, fixou as respectivas reprimendas básicas acima do mínimo legal por considerar desfavorável as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à personalidade do agente. Diante desse cenário, tanto a reprimenda básica do crime de associação para o tráfico como a do delito de tráfico de entorpecentes foram estabelecidas em 6 (seis) anos de reclusão.

Confirmam-se estes trechos da r. sentença (e-STJ fls. 106/108):

Da associação para o tráfico:

*1ª fase: Existem nos autos elementos que afirmam negativamente a conduta social e a personalidade do acusado. De acordo com as investigações, o réu foi apontado **como segurança armado e braço direito do traficante "Professor", tendo sido preso, inclusive, na companhia do mesmo. Ressai do depoimento do policial militar Anderson Cláudio (fls. 1075) que Felipe fazia a cobertura de "Professor" no momento da prisão dos acusados e que houve troca de tiros com os policiais, sendo evidente que o réu ocupava função de extrema confiança na quadrilha.** Diante de tais fatos, considerada a personalidade do agente e as circunstâncias do crime, fixo a sua pena base acima do mínimo legal, ou seja em 06 (seis) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.*

[...]

Para o crime de tráfico de drogas:

*1ª fase: Há nos autos elementos que afirmam negativamente a conduta do acusado, restando apurado no curso do processo que o réu se dedica ao tráfico de drogas nesta cidade, sendo certo que **a quantidade de droga apreendida é elevada, conforme laudo de fls. 171/175, dando conta de que havia, no local da prisão do acusado, 3.560g (três mil quinhentos e sessenta gramas) de Cannabis sativa,** razão pela qual fixo-lhe a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao manter o édito condenatório no julgamento do recurso de apelação, foram estas as palavras da Desembargadora Relatora (e-STJ fl. 182):

Se ao fixar as penas-base acima dos mínimos legais, o douto Magistrado observou as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, notadamente a conduta social e a personalidade de cada um dos agentes, destacando as funções desempenhadas por eles dentro da organização criminosa, de forma pormenorizada e fundamentada, não há qualquer reparo a fazer.

Note-se que, em relação às penas do delito de tráfico de drogas, a que restaram condenados os acusados Júlio César e Felipe, também foi considerada pelo Juízo a quo, a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, mais de 3kg de maconha, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 (grifei).

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

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

Na espécie, vimos, a instância de origem estabeleceu as reprimendas básicas acima do mínimo legal, considerando desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à personalidade do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao crime de associação para o tráfico, destacou que o paciente foi apontado como segurança e braço direito do traficante JÚLIO CESAR, vulgo "PROFESSOR", tendo sido preso na companhia dele. Ressaltou, ademais, que o paciente efetuava a cobertura do referido traficante no momento da prisão em flagrante, ocasião em que trocou tiros com os policiais militares. Também sublinhou a gravidade concreta da conduta perpetrada e a periculosidade do sentenciado, retratando sua posição de destaque na organização criminosa e a confiança que detinha dos comandantes da associação.

A circunstância da personalidade espelha, sabemos todos, o retrato psíquico do delinquente, compreendendo o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa ou dados singulares de manifestação individual, que, embora possam ser semelhantes, não se repetem em outro indivíduo com idêntica intensidade.

Nos moldes da melhor doutrina, "a personalidade como natureza concreta de sujeitos reais é um produto histórico em processo de constante formação, transformação e deformação, de modo que eventuais traços de caráter constituem cortes simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto biopsiquicossocial do conjunto de relações históricas concretas do indivíduo" (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 523). Deve ser entendida, portanto, como a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na apreciação da referida circunstância judicial imperioso ao magistrado verificar a índole do acusado, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.

A conduta social, por sua vez, relaciona-se às atividades do agente referentes ao trabalho, seu relacionamento familiar e social, além de outras formas de comportamento dentro da sociedade. Nesse contexto, possui a referida circunstância natureza comportamental, revelando-se pelos relacionamentos do sentenciado perante a comunidade, a família e os colegas de profissão.

Nesse tear, correto o aumento da pena-base com fundamento nas circunstâncias judiciais acima referidas, porquanto descritas as particularidades do caso concreto, sendo a conduta do paciente, segurança armado de um dos líderes da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

facção, mais censurável, permitindo a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal. De mais a mais, foram indicados elementos idôneos bastantes a demonstrar a menor sensibilidade ético-moral do paciente, porquanto ocupava posição de destaque da associação, detendo a confiança dos líderes da organização e atuando com material bélico de grande poder de destruição, além de ter trocado tiros com os policiais militares no momento da prisão em flagrante.

Relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes, destacou o sentenciante a quantidade de droga apreendida do momento da prisão em flagrante do paciente – **3.560g (três mil, quinhentos e sessenta gramas) de maconha, acondicionados em 1.369 (mil, trezentos e sessenta e nove) pequenos sacos plásticos, bem como 14 (catorze) quadrados de aproximadamente 10 X 10 milímetros de ácido lisérgico, vulgarmente conhecido como LSD.**

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

E mais, a legislação ordinária não exige que as circunstâncias judiciais sejam todas consideradas desfavoráveis para a fixação da pena em patamar superior ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal.

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

Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.

Importante ressaltar, diante do contexto em análise, não ser este remédio constitucional a via própria para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para aumentar a pena-base. Nesse tear, tratando-se de tema afeto à discricionariedade regrada do magistrado, somente é possível a revisão do cálculo da pena na via eleita em hipóteses excepcionais, quando evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na espécie, reparem que o magistrado sentenciante, respeitando os critérios acima referidos, bem como aos pormenores da situação em desfile, aumentou a reprimenda em 1 (um) ano, destacando a quantidade de substância entorpecente apreendida – 3.560g (três mil, quinhentos e sessenta gramas) de maconha, acondicionados em 1.369 (mil, trezentos e sessenta e nove) pequenos sacos plásticos, bem como 14 (catorze) quadrados de aproximadamente 10x10 milímetros de ácido lisérgico, vulgarmente conhecido como LSD. Tal o contexto, sobretudo por se tratar de circunstância preponderante na fixação da reprimenda, não observo teratologia no cálculo da pena a justificar a concessão da ordem.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS E NATUREZA DE UMA DELAS. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DECRETO DE PERDIMENTO DE BEM EM FAVOR DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a quantidade de drogas e a natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas - 793,5 g de maconha e 45 de cocaína -, (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de maus antecedentes.

3. O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada ilegalidade do decreto de perdimento de bem em favor da União, ante a ausência de ameaça/ violação à liberdade de locomoção.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 377.414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 02/02/2017, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADA EM RAZÃO DO QUANTUM DE PENA FIXADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. ***No que pertine ao tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei 11.343/06).***

3. ***O aumento da pena-base do paciente não se mostra, no caso, desarrazoada ou desproporcional, já que devidamente fundamentada em elementos concretos (quantidade da droga apreendida - 401 gramas de maconha) e condizentes com o entendimento desta Corte acerca do tema. Precedentes.***

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 367.048/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/11/2016, grifei.)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AUTÔNOMA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. ***O próprio art. 42 da Lei n. 11.343/2006 evidencia a existência de duas circunstâncias (natureza e quantidade da substância ou do produto) - também previstas no revogado art. 37 da Lei n. 6.368/1976 - que devem, agora, ser consideradas com preponderância sobre o disposto no art. 59 do Código Penal.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A natureza e a quantidade da substância ou do produto podem ser sopesadas, na primeira fase da individualização da pena, como circunstâncias autônomas ou ser valoradas dentro de uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal - a título, por exemplo, de culpabilidade desfavorável ou de circunstâncias desfavoráveis do crime -, sendo certo que tal escolha (se serão autônomas ou não) cabe ao Juiz da causa, dentro da sua discricionariedade juridicamente vinculada.

[...]

4. Uma vez que os recorridos foram apreendidos com elevada quantidade de drogas (quase 1 kg de maconha), assiste razão ao Ministério Público ao sustentar a impossibilidade de a pena-base ser fixada no mínimo legal.

5. Recurso especial provido para, reconhecida a violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, concluir pela desfavorabilidade da circunstância relativa à quantidade de drogas apreendidas e, por conseguinte, exasperar a reprimenda dos acusados, nos termos do voto do relator.

(REsp 1596760/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 04/10/2016, grifei.)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntica orientação:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE RELATIVA. QUANTUM DE ATENUAÇÃO DA PENA. PATAMAR DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. 1. **A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. 2. **Idônea a exasperação da pena-base com fundamento na natureza das substâncias traficadas, consoante preconiza o art. 42 da Lei 11.343/2006 c/c art. 59 do Código Penal.** [...] 7. Recurso a que se nega provimento.**

(RHC 129951/PR, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 04/10/2016, grifei.)

Na segunda etapa do cálculo da reprimenda, as instâncias de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantiveram inalteradas as penas aplicadas, à mingua de circunstâncias atenuantes ou agravantes. Entretanto, a Defensoria Pública, no particular, aponta a existência de constrangimento ilegal manifesto, pois demonstradas a menoridade do paciente na data do fato, bem como a confissão espontânea do réu.

Entretanto, verifico que os temas não podem ser conhecidos por esta Corte, tendo em vista a falta de manifestação do Tribunal de origem.

O julgamento levado a efeito pela Corte local ateve-se à análise das seguinte matérias: a) ausência de provas relativas ao crime de tráfico de drogas; b) redução da pena-base; c) exclusão da causa de aumento descrita no art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006; d) aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; e) modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto; e f) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não houve nenhuma manifestação nas instâncias ordinárias acerca das ventiladas atenuantes de pena.

Nessa alheta, fica impossibilitada a manifestação deste Sodalício, sobrepujando a competência da Corte estadual, sob pena de configuração do chamado *habeas corpus per saltum*, a ensejar supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal substancial.

Ao discorrer sobre o tema, esclarece a doutrina a inviabilidade do denominado "*habeas corpus per saltum*, ou seja, o julgamento do remédio heroico pelas instâncias superiores sem prévia provocação das instâncias inferiores acerca do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, sob pena de verdadeira supressão de instância e consequente violação do princípio do duplo grau de jurisdição" (LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 2470).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. [...] SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

10. O direito de recorrer em liberdade não foi objeto de discussão pela Corte de origem, motivo pelo qual se evidencia a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar o aludido tema posto no writ e a consequente supressão de instância.

[...]

(HC 278.542/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015.)

Por derradeiro, aprecio a tese apresentada pela Defensoria Pública no sentido de que a elevação da reprimenda, na terceira etapa do cálculo, em patamar superior a 1/6 (um sexto), não foi devidamente fundamentada.

No particular, rememoro, por oportuno, que a Lei n. 11.343/2006 estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência das causas de aumento descritas no art. 40. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, dentro dos parâmetros legais e nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante desse cenário, o aumento da reprimenda em razão da incidência da causa de aumento, deve respeitar, em regra, o limite de 1/6 (um sexto), salvo situações excepcionais, devidamente justificadas.

No caso, a fração de 2/3 (dois terços) foi aplicada considerando o elevado número de artefatos apreendidos – **1 (um) fuzil calibre 7.62mm, com numeração suprimida, com 19 (dezenove) cartuchos do mesmo calibre, 2 (duas) granadas de fabricação exclusiva das Forças Armadas, 1 (um) fuzil calibre 5.56mm, com numeração suprimida, com 32 (trinta e dois) cartuchos do mesmo calibre e 1 (uma) pistola calibre 9mm, com numeração suprimida.**

Desse modo, não observo a existência de teratologia evidente, pois atende aos critérios acima delineados e ao dever de individualização da reprimenda a punição mais severa do agente diante do forte aparato bélico utilizado.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. MAJORANTE PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que Juiz de primeiro grau entendeu devido o aumento máximo de 2/3, na terceira fase de aplicação da pena, em razão do emprego de arma de fogo, tendo apontado elementos concretos que, efetivamente, justificaram o porquê da sua escolha. Assentou, assim, que o réu, além de integrar a facção criminosa Terceiro Comando há 5 anos, foi preso em poder de um rádio transmissor e "portava uma pistola de grosso calibre (.45), além de munição e uma granada, armas de grande potencial ofensivo, importadas e de uso restrito", empregadas para garantir o comércio ilícito.

4. Ordem não conhecida.

(HC 213.197/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO ART. 40, INCISOS IV E VI, DA LEI N.º 11.343/06. QUANTUM DE MAJORAÇÃO DA PENA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Colegiado estadual logrou fundamentar de maneira idônea a eleição do patamar de exasperação da pena em 5/12 em razão da presença das majorantes previstas no art. 40, IV e VI, da Lei de Drogas, destacando que "o emprego de arma de fogo de alto potencial lesivo, uma pistola 9mm muniada e ainda 11 munições (...), bem como a presença de menores apreendidos em companhia do apelante portando um rádio transmissor". Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aumento da pena em razão da incidência das referidas majorantes, não há falar em constrangimento ilegal.

2. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 127 g de maconha, 133 g de cocaína e 30 g de crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), bem como o fato de que o paciente portava uma pistola e um rádio transmissor, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 369.699/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 08/11/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DAS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO ART. 40, IV E V, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO FUNDAMENTADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INTEGRANTES DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (COMANDO VERMELHO). DECISÃO FUNDAMENTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. PARECER ACOLHIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. **O agravamento da pena-base em 3/6, em razão da incidência das causas de aumento previstas no art. 40, IV e V, da Lei de Drogas, é perfeitamente possível quando justificado em circunstâncias concretas do crime, tais como emprego de duas armas de fogo de uso restrito e envolvimento de um menor com 15 anos de idade. A inversão do julgado implicaria o reexame da matéria fática probatória, inviável na sede estreita do habeas corpus.**

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 295.232/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015, grifei.)

Ante o exposto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0333852-8

HC 383.441 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003096920128190204 005720122 03112928120128190001 3096920128190204
3112928120128190001 5720122

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: FELIPE BATALHA DA SILVA
CORRÉU	: JULIO CESAR NUNES DOS SANTOS
CORRÉU	: MARCIO DA SILVA
CORRÉU	: MARCIO DA SILVA LIMA
CORRÉU	: MARCELO SANTOS DAS DORES
CORRÉU	: MARCELO SANTOS
CORRÉU	: WELINGTON DE ALMEIDA
CORRÉU	: RAFAEL GOMES CARVALHO
CORRÉU	: ROBSON ALVES DA SILVA RAMOS
CORRÉU	: ROBSON ALVES DA SILVA
CORRÉU	: AMILCAR PEREIRA DA SILVA
CORRÉU	: JORGE NEY MONTEIRO
CORRÉU	: JORGE NEY MONTEIRO DA PAIXÃO
CORRÉU	: RAFAEL ALVES
CORRÉU	: MARCOS ANTONIO SENA DE ANDRADE
CORRÉU	: MARCOS ANTONIO
CORRÉU	: CARLOS ALBERTO BRAZ
CORRÉU	: ALCENIR LEMOS
CORRÉU	: ALCENIR LEMOS FORTUNA
CORRÉU	: EVERSON DA CONCEIÇÃO LOPES
CORRÉU	: EVERSON DA CONCEIÇÃO
CORRÉU	: ALESSANDRA PINTO
CORRÉU	: ALESSANDRA PINTO PINHEIRO
CORRÉU	: NATALIA RODRIGUES MARQUES
CORRÉU	: ALEXANDRE NUNES DOS SANTOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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