



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.672 - ES (2018/0331783-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : WANDERSON OMAR SIMON
ADVOGADO : WANDERSON OMAR SIMON - ES018630
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ARGEU DE SOUZA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **DOSIMETRIA**. PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA PERSONALIDADE, DOS MOTIVOS, DAS CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 1º/8/2017).

III - No tocante a **personalidade do paciente** as instâncias ordinárias se valeram do argumento de que o paciente **agiu de maneira nociva e voltada para a marginalidade**. Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

IV - **Em relação aos motivos e consequências do crime**, a jurisprudência desta Corte entende que **a gravidade abstrata do delito**, assim como a **intenção de obter lucro fácil** constituem elementares do delito, de modo que não devem ser observadas na avaliação das circunstâncias judiciais, **eis que inerentes ao crime de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas.

V - As **circunstâncias da crime** podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal, de acordo com a orientação desta Corte Superior. Na situação em desfile, entretanto, limitou-se o Magistrado a assinalar que as **circunstâncias do crime eram contrárias ao paciente**. Isso revela situação de fundamentação insuficiente.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para**, afastar a análise negativa da personalidade, dos motivos, das consequências e circunstâncias do crime, redimensionar a pena do paciente para **10 (dez) anos de reclusão, mais pagamento de 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa, em regime fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.672 - ES (2018/0331783-7)

IMPETRANTE : WANDERSON OMAR SIMON
ADVOGADO : WANDERSON OMAR SIMON - ES018630
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ARGEU DE SOUZA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ARGEU DE SOUZA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**, nos autos da apelação criminal n. 0033560-52.2006.8.08.0024.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 14 (quatorze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 1.600 (um mil e seiscentos) dias-multa, como incurso nas sanções dos artigos 33, **caput**, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal (fls. 20-64).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - I) PRELIMINAR: ILÍCITUDE DAS PROVAS - QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO - REJEITADA - II) MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - DIMINUIÇÃO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSOS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A interceptação telefônica fora produzida em consonância com as disposições legais previstas na Constituição Federal e na Lei nº 9.296/96, sendo deferida por autoridade judicial competente, com a finalidade de instruir processo criminal que apura delito apenado com reclusão, face a existência de razoáveis indícios de autoria, e, sendo esta indispensável a elucidação dos fatos, razão pela qual não há que se falar em prova ilícita.

A prova indiciária ou circunstancial tem o mesmo valor das provas diretas, pois mesmo que a prova estritamente extrajudicial não possa embasar condenação, se, somada às outras, apresentar elementos positivos de credibilidade, é o suficiente para dar base a uma decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória.

Para a configuração do delito previsto no artigo 33, da lei nº 11.343/06, não é necessária a prova da venda da substância, bastando para tanto a posse, guarda e depósito, mesmo que em pequena quantidade.

Estando todas as provas dos autos voltadas para a confirmação da culpabilidade dos apelantes, não há como negar a consumação do delito previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/06, vez que restou devidamente comprovado a existência de uma união estável entre os apelantes, com ânimo definitivo e duradouro, visando a mercancia de entorpecentes, razão pela qual não há que se falar em absolvição.

Analisada corretamente pelo julgador monocrático todas as circunstâncias judiciais à fixação da pena, de acordo com os ditames dos artigos 59 e 68, do CP, não há que se falar em redução ou aumento, devendo ser mantido o acertado decisum condenatório.

Recursos a que se nega provimento" (fl. 65).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na análise das circunstâncias judiciais da **personalidade**, dos **motivos**, das **circunstâncias** e **consequências do crime**, haja vista que utilizou termos genéricos para negativá-las.

Requer, assim, a concessão da ordem para adequar a dosimetria aplicada ao paciente aos parâmetros legais vigentes, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 115-118.

Informações prestadas às fls. 125-128.

O Ministério Público Federal, às fls. 131-137, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO- PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

– A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais – As pretensões que ensejam a revisão dos critérios considerados na dosimetria da pena implicam incursão no acervo fático-probatório, obstaculizada na via estreita do remédio heroico.

– Parecer pelo não conhecimento do writ" (fl. 131).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.672 - ES (2018/0331783-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : WANDERSON OMAR SIMON
ADVOGADO : WANDERSON OMAR SIMON - ES018630
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ARGEU DE SOUZA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **DOSIMETRIA**. PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA PERSONALIDADE, DOS MOTIVOS, DAS CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 1º/8/2017).

III - No tocante a **personalidade do paciente** as instâncias ordinárias se valeram do argumento de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente **agiu de maneira nociva e voltada para a marginalidade**. Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

IV - **Em relação aos motivos e consequências do crime**, a jurisprudência desta Corte entende que a **gravidade abstrata do delito**, assim como a **intenção de obter lucro fácil** constituem elementares do delito, de modo que não devem ser observadas na avaliação das circunstâncias judiciais, **eis que inerentes ao crime de tráfico de drogas**.

V - As **circunstâncias da crime** podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal, de acordo com a orientação desta Corte Superior. Na situação em desfile, entretanto, limitou-se o Magistrado a assinalar que as **circunstâncias do crime eram contrárias ao paciente**. Isso revela situação de fundamentação insuficiente.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para**, afastar a análise negativa da personalidade, dos motivos, das consequências e circunstâncias do crime, redimensionar a pena do paciente para **10 (dez) anos de reclusão, mais pagamento de 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa, em regime fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos da r. sentença condenatória, mantida pelo v. acórdão impugnado, quanto à dosimetria da pena:

*"Quanto ao réu ARGEU DE SOUZA SANTOS - conduta descrita no **artigo 33 da Lei nº 11.343/06: culpabilidade** intensa, pois mantinha o controle direto sobre as atividades criminosas, sendo o grau de reprovabilidade muito elevado; não há registro de condenação anterior, embora esteja em curso contra o réu diversos feitos criminais, inclusive com prisão preventiva decretada; a conduta social não pode ser considerada ruim: **personalidade** pernicioso e voltada para a marginalidade; os **motivos do crime** são injustificáveis, uma vez que agiu com o intuito egoístico de auferir riqueza fácil; **as circunstâncias são contrárias; as conseqüências são graves ante a disseminação do vício das drogas**; a vítima, sendo a sociedade, em nada incentivou ou contribuiu para o crime; por último, a condição econômica é boa.*

*Considerando tais circunstâncias, bem como a natureza e a quantidade da droga, fixo a pena-base **EM 09 (NOVE) ANOS DE RECLUSÃO E EM 800 (OITOCENTOS) DIAS-MULTA** tornando-a definitiva, à míngua de atenuante ou agravante; causa de diminuição ou de aumento de pena, ou qualquer outro motivo a considerar. Não vislumbro a possibilidade de aplicar em prol do réu a causa de diminuição de pena prevista pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em razão de sua dedicação a práticas criminosas e integração a organização criminosa, circunstâncias impeditivas do benefício.*

*Ainda quanto ao réu ARGEU DE SOUZA SILVA - conduta descrita no artigo 35 da Lei nº 11.343/QCS: **culpabilidade** intensa, pois mantinha o controle pessoal e direto sobre a organização criminosa, sendo o grau de reprovabilidade muito elevado; não há registro de condenação anterior, embora esteja em curso contra o réu diversos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*feitos criminais, inclusive com prisão preventiva decretada: a conduta social não pode ser considerada ruim; **personalidade** pernicioso e voltada para a marginalidade; os **motivos e as circunstâncias do crime são contrárias; as consequências são graves para a paz pública**; a vítima, sendo a sociedade, em nada incentivou ou contribuiu para o crime; por último, a condição econômica é boa.*

*Atento a estas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base **EM 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E EM 800 (OITOCENTOS) DIAS-MULTA**, tornando-a definitiva, à míngua de atenuante ou agravante; causa de diminuição ou de aumento de pena, ou qualquer outro motivo a considerar.*

*Reconhecendo o cúmulo material entre os delitos, por força do artigo 69 do Código Penal, estabeleço a pena irrogada contra o réu ARGEU DE SOUZA SILVA, agora de forma definitiva, **EM 14 (QUATORZE) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E EM 1.600 (UM MIL E SEISCENTOS) DIAS-MULTA** esta fixada à razão de 1/10 (um décimo) do valor do salário mínimo vigente na data do fato, a ser paga em dez dias do trânsito em julgado da sentença, por entender ser necessário e suficiente para a prevenção e reprovação dos delitos" (fls. 51-52, grifei).*

Na hipótese, a defesa insurge contra a análise desfavorável da **personalidade, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime.**

No tocante a **personalidade do paciente** as instâncias ordinárias se valeram do argumento de que o paciente **agiu de maneira nociva e voltada para a marginalidade**. Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. MINORANTE (TEXTO LEGAL VINCULADO). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 44, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 (NOVATIO LEGIS IN PEJUS). NECESSIDADE DE EXAME DE QUAL LEI, EM SUA INTEGRALIDADE, SERIA MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.

I - 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). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. (Precedentes).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, bem como de sua conduta social, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de justificar o aumento da pena-base (Precedente).

IV - In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau, mantida pelo e. Tribunal a quo, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, assim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

[...]

Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, reconhecida a vedação à combinação de leis, determinar que o Juízo da Vara de Execuções analise qual lei apresenta-se mais favorável ao paciente" (HC n. 126.543/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 14/9/2009).

Em relação aos motivos e consequências do crime, a jurisprudência desta Corte entende que **a gravidade abstrata do delito**, assim como a **intenção de obter lucro fácil** constituem elementares do delito, de modo que não devem ser observadas na avaliação das circunstâncias judiciais, **eis que inerentes ao crime de tráfico de drogas**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIALMENTE DELETÉRIA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NEGATIVA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. **Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.**

4. No caso, parte da exasperação da pena-base teve por fundamento circunstâncias genéricas e abstratas, inerentes ao fato típico comum ou desprovidas de maior reprovabilidade, subsistindo apenas a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria da droga apreendida para o incremento da pena, que se dá em menor extensão.

5. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para o estabelecimento de regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena privativa de liberdade. Precedentes.

6. No caso, em que pese o paciente seja primário e a condenação seja superior a 4 e não exceda 8 anos de reclusão, impõe-se a manutenção do regime inicial fechado, ante a maior reprovabilidade do delito, extraída da expressiva quantidade e da natureza especialmente deletéria da droga apreendida, ponderada negativamente na primeira fase da dosimetria.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 431.163/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/03/2018).

"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A PENA-BASE.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. No entanto, a concessão de habeas corpus, de ofício, ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, o que ocorre na hipótese.

3. Em que pese a existência de certo grau de discricionariedade do julgador no cálculo da pena, verifica-se que não houve a indicação de elementos idôneos para a majoração da pena-base no tocante a diversas circunstâncias do artigo 59 do código Penal.

4. **No sopesamento dos referidos vetores, as instâncias antecedentes se valeram de argumentos genéricos quanto à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas e de dados próprios do tipo penal, tais como a busca do lucro fácil e consciência da ilicitude, sem a devida particularização no contexto fático dos autos, em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte.**

5. A conduta social, por sua vez, afere a adequação do estilo de vida o réu perante a sociedade, família, ambiente de trabalho, vizinhança, dentre outros aspectos de interação social. Ademais, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, alterou o seu posicionamento sobre o tema, tendo decidido que a existência de condenação definitiva não constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da personalidade do réu e de sua conduta social.

6. **No sopesamento das consequências, os argumentos foram genéricos, utilizando-se dados próprios do tipo penal, tais como serem condutas nefastas "para a sociedade, pois de grande potencial, é responsável pela ruína de diversos jovens e famílias, sedo também o móvel de diversos outros crimes", em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte.**

7. "De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição" (REsp 1.284.562/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2016, DJe 17/5/2016).

8. Embargos de declaração rejeitados, concedido habeas corpus de ofício para o redimensionamento da reprimenda do embargante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para 4 anos, 11 meses e 15 dias mais o pagamento de 50 dias-multa a ser cumprida em regime fechado" (EDcl no AgRg no AREsp n. 178.922/RN, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 19/12/2017).

Por fim, as **circunstâncias do crime** podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal, de acordo com a orientação desta Corte Superior. Na situação em desfile, entretanto, limitou-se o Magistrado a assinalar que as **circunstâncias do crime eram contrárias ao paciente**. Isso revela situação de fundamentação insuficiente.

Desse modo, não apreciou o sentenciante o lugar do crime, o tempo de sua duração, a atitude assumida pelo agente no decorrer da consumação da infração penal, a mecânica delitiva empregada ou outros elementos indicativos de uma maior censurabilidade da conduta.

Nesse compasso, parece-me insuficiente a fundamentação apresentada na origem e desproporcional a exasperação da pena-base, porquanto os elementos apresentados pelas instâncias não transcendem o resultado típico, são inerentes ao crime de tráfico e associação para o tráfico e já foram sopesados pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato do delito.

Passo, assim, à readequação das reprimendas do paciente.

Do crime de tráfico (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06):

Na **primeira fase**, mantenho a análise desfavorável da circunstância judicial da **culpabilidade** e excluo a aferição negativa da **personalidade**, dos **motivos**, das **consequências** e **circunstâncias do crime** para fixar a pena definitivamente em 6 (seis) anos de reclusão, mais pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, à mingua de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição.

Do crime de associação para o tráfico (art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06):

Na **primeira fase**, mantenho a análise desfavorável da circunstância judicial da **culpabilidade** e excluo a aferição negativa da **personalidade**, dos **motivos**, das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequências e circunstâncias do crime para fixar a pena definitivamente em 4 (quatro) anos de reclusão, mais pagamento de 900 (novecentos) dias-multa, à mingua de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição.

Presente o **concurso material** entre o delitos de tráfico e associação para o tráfico (art. 69, CP), fica a reprimenda definitivamente estabelecida em 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício para**, afastar a análise negativa da personalidade, dos motivos, das consequências e circunstâncias do crime, redimensionar a pena do paciente para **10 (dez) anos de reclusão, mais pagamento de 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa, em regime fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0331783-7

HC 483.672 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00335605220068080024 024060335601 24060335601 335605220068080024

EM MESA

JULGADO: 19/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: WANDERSON OMAR SIMON
ADVOGADO	: WANDERSON OMAR SIMON - ES018630
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: ARGEU DE SOUZA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: RENY PADUA DA SILVA
CORRÉU	: IVAN GOMES DE SOUZA
CORRÉU	: NUBIA MARA DA SILVA SILVESTRE
CORRÉU	: TINA MERIK FELIX PIANCA
CORRÉU	: SHEILA GOMES DE SOUZA
CORRÉU	: LAUDECIR SIQUEIRA ROSA
CORRÉU	: POLIANA FERREIRA DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.