



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 419.163 - MS (2017/0257244-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS FELIPE SILVA
PACIENTE : BEN HUR GIORDANO DIAS ALBUQUERQUE

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DA EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE COM BASE EM ARGUMENTO NOVO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

3. Não há ilegalidade na decisão do Tribunal origem que, ao afastar a valoração negativa, feita em primeiro grau, da culpabilidade, da conduta social, da personalidade do agente e dos motivos do delito, mantém a pena básica majorada em um ano de reclusão, pela aferição desfavorável da expressiva quantidade de droga apreendida (223,800 kg de maconha), nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 419.163 - MS (2017/0257244-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS FELIPE SILVA
PACIENTE : BEN HUR GIORDANO DIAS ALBUQUERQUE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCOS FELIPE SILVA** e **BEN HUR GIORDANO DIAS ALBUQUERQUE**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso nos arts. 33, *caput*; 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006 e 180 do Código Penal, respectivamente, às penas de 15 anos de reclusão mais 1.800 dias-multa e 11 anos de reclusão mais 1.450 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Em sede recursal, o Tribunal de origem proveu, em parte, o apelo da defesa para afastar a condenação pelos delitos de associação para o tráfico e de receptação, bem como para conceder a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao paciente Ben Hur Giordano Dias Albuquerque, resultando sua pena em 4 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 420 dias-multa, mantido, contudo, o regime fechado.

Neste *writ*, alega a impetrante ser manifestamente ilegal a manutenção da pena-base acima do mínimo legal com amparo em nova fundamentação trazida pela Corte de origem (quantidade de droga). Defende que "ao afastar circunstâncias judiciais consideradas indevidas na fixação da pena-base, um processo adjetivado como devido, reclama que tal conclusão tenha reflexos na dosimetria da reprimenda".

Requer, assim, redução da pena-base.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 200).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fl. 222).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 419.163 - MS (2017/0257244-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS FELIPE SILVA
PACIENTE : BEN HUR GIORDANO DIAS ALBUQUERQUE

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DA EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE COM BASE EM ARGUMENTO NOVO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

3. Não há ilegalidade na decisão do Tribunal origem que, ao afastar a valoração negativa, feita em primeiro grau, da culpabilidade, da conduta social, da personalidade do agente e dos motivos do delito, mantém a pena básica majorada em um ano de reclusão, pela aferição desfavorável da expressiva quantidade de droga apreendida (223,800 kg de maconha), nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Conforme relatado, o Tribunal de origem acolheu, em parte, o recurso da defesa para absolver os pacientes pelos delitos de associação para o tráfico e de receptação. Quanto ao delito de tráfico de drogas, a pena básica foi mantida acima do mínimo legal sob a seguinte motivação:

"A partir dos fundamentos acima transcritos, o magistrado prolator da sentença exasperou a pena-base em 1 (um) ano e 100 (cem) dias-multa acima do mínimo legal.

Com efeito, pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias judiciais referente a conduta social, personalidade, motivos e consequências do crime.

Por conduta social deve ser considerado o "comportamento do agente no seio social familiar e profissional", isto é, "o relacionamento do acusado no meio em que vive"? Segundo Schmitt, a "conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita"?

No presente caso, o comportamento social do réu não foi adequadamente analisado, tendo em vista que os elementos apontados pelo magistrado de primeira instância não são capazes de refletir o comportamento do réu no meio social em que vive.

Assim, deve ser afastada a valoração negativa dessa circunstância judicial, de modo que ela não interfira na fixação da pena-base.

No que pertine à personalidade, também reputo inadequada a análise do magistrado de primeira instância acerca dessa circunstância judicial. E que, apesar de tê-la por prejudicial por considerá-la "propensa à prática criminosa" e reveladora da "insensibilidade moral" dos apelantes, o magistrado sentenciante não apontou nenhum fundamento concreto capaz de dar credibilidade a tal afirmação. Tratou-se, dessa forma, de afirmativa extremamente vaga e abstrata, que, pelo contexto em que foi apresentada, não pode subsidiar a manutenção da prejudicialidade de tal circunstância judicial.

Logo, a circunstância judicial da personalidade também deve ser decolada, de modo que não interfira na fixação da pena-base do réu.

No que pertine aos motivos do crime, estamos diante da circunstância judicial que diz respeito às razões subjetivas que impulsionaram o agente à prática da infração penal. Segundo Ricardo Schmitt³, tal moduladora "nada mais é do que o 'porquê' da ação delituosa", ou seja, "as razões que moveram o agente a cometer o crime".

Com efeito, é indiscutível que todo crime possui uma motivação.

Nessa perspectiva, exsurge ao magistrado, na análise dessa circunstância judicial, o dever de descobrir se a qualidade da motivação no agir do agente merece maior ou menor reprovação.

Diante desse contexto, é possível concluir que o fundamento utilizado pelo juiz de primeira instância para valorar negativamente tal moduladora é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconsistente. Isso porque, o simples fato de o apelante ter cometido o crime porque "busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem", não comporta potencial reprovação, a ponto de interferir na fixação da reprimenda-base.

Assim, deve ser decotada a valoração negativa dessa circunstância judicial, de modo que ela deixe de prejudicar o apelante na fixação da pena-base.

No que concerne às conseqüências do crime, deve ser esclarecido, inicialmente, que tal moduladora diz respeito à repercussão da conduta ilícita à vítima ou mesmo à sociedade.

Segundo nos ensina o professor Ricardo Schimitt⁴, "no exame das conseqüências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade".

Na situação dos autos, o juiz de primeira instância, ao proceder a análise das conseqüências do crime, ponderou que o crime traz dano à vítima e à saúde pública, o que é inerente a esse tipo penal.

Logo, a circunstância judicial em questão deve ser decotada, de modo que não interfira na fixação da pena-base do réu.

Assim considerando, tem-se que não agiu com acerto o magistrado sentenciante ao ponderar referidas circunstâncias judiciais como negativa aos réus. Outrossim, embora vote pelo afastamento de referidas circunstâncias judiciais, tenho que a pena base dos apelantes devem ser mantidas por inalterada.

Isto porque, de acordo com a Lei 11.343/2006, mormente em seu artigo 42, "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. "

É clara a intenção do legislador, no sentido de que a natureza nociva e a grande quantidade das substâncias entorpecentes devem ensejar a imposição de reprimendas mais severas, que atendam a finalidade de prevenção e reprovação dos crimes.

O caso dos autos, diante da quantidade de drogas transportada pelos réus (223,800Kg de maconha), que seria mais que suficiente para fomentar os consumidores de entorpecentes de uma cidade inteira, disseminando não apenas o vício, mas também todos os demais efeitos deletérios decorrentes do comércio espúrio.

Portanto, considerando a circunstância judicial prevista no artigo 42 da Lei 11.343/2006 (quantidade da droga), que deve preponderar sobre as demais circunstâncias do artigo 59, CP, têm-se que a pena-base deve ser majorada na proporção havida pelo magistrado sentenciante, qual seja, em seis (06) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Saliente-se que ao realizar a dosimetria da pena, o magistrado tem certa margem de discricionariedade, respeitando-se, outrossim, os critérios da proporcionalidade e logicidade. Mesmo porque, ausente critérios objetivos para a exasperação.

Assim, como dito alhures, considerando a circunstância judicial desfavorável e preponderante e os critérios da proporcionalidade e logicidade, além do fato de que a pena atingirá sua finalidade (reprovação e prevenção do crime), tenho que a manutenção da pena-base fixada para o crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, pelo magistrado *a quo* é providência que se impõe.

Saliento por fim, que na linha de jurisprudência adotada pelo Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça "O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios ou fundamentos de individualização da pena utilizados na sentença penal condenatória, desde que, não havendo recurso do órgão acusatório, a sanção não seja exasperada" (HC n. 310372/MS, Quinta Turma, Rei. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 09/06/2015)".

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Da leitura atenta do excerto acima transcrito, verifica-se que a pena-base foi fixada pouco acima do mínimo legal (1 ano de reclusão), considerando-se a quantidade de droga, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte Superior.

Vale lembrar que, sob o aspecto da extensão e da profundidade do efeito devolutivo na apelação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu (HC 374.006/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016; HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

Dessa forma, não há ilegalidade na **manutenção** da pena-base acima do mínimo legal com base em vetores diversos dos aferidos na sentença condenatória, consubstanciado na **gigantesca quantidade de droga apreendida** (223,800 kg de maconha).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PROCESSOS EM ANDAMENTO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.
(...)

7. Embora a proibição de reforma para pior garanta ao recorrente o direito de não ter sua situação, direta ou indiretamente, agravada, nada impede, no entanto, que o Tribunal, para dizer o direito - ao exercer, portanto, sua soberana função de *juris dictio* -, encontre motivação própria, respeitados os limites da pena imposta no juízo de origem, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e a extensão cognitiva da sentença impugnada.

8. Não obstante a Corte estadual haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para negar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a situação do recorrente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória, motivo pelo qual não há falar em *reformatio in pejus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. Agravo regimental não provido.

(AgInt no REsp 1.596.478/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBOS EM CONCURSO FORMAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. INEXISTÊNCIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. VÁRIAS CONDENAÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*.

(...)

5. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 908.374/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0257244-1

HC 419.163 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00272642320168120001 082016001201307 272642320168120001 82016001201307

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: MARCOS FELIPE SILVA
PACIENTE	: BEN HUR GIORDANO DIAS ALBUQUERQUE

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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.