



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.204 - SP (2010/0143033-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO
ADVOGADO : PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : EDUARDO DE SOUZA GUÉRCIA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 6.368/1976). DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MAJORANTE RELATIVA À ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO E *QUANTUM* DAS MAJORANTES. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA NA INTEGRALIDADE. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Também foi impetrado o HC n. 143.033/SP em favor do ora paciente, o qual igualmente se insurge contra a mesma condenação objeto deste *writ* e contra o mesmo acórdão oriundo da Apelação Criminal n. 2002.61.19.005387-0/SP, de modo que, pela conexão entre as matérias discutidas em um e em outro processo, por questão de economia e de celeridade processuais e em razão da instrumentalidade das formas, foi realizado o julgamento conjunto de ambos.

2. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da alegada inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, porquanto essa matéria não foi analisada nem pelo Juiz sentenciante, nem pela Corte de origem, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

3. A Corte regional, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluiu pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a manutenção da condenação do paciente pelo crime de tráfico transnacional de drogas, de modo que, para entender pela absolvição do acusado ou para acolher a alegação de ter sido ardilosamente envolvido na trama criminoso, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Uma vez que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente, sobretudo porque não houve desproporcionalidade no aumento de 2 anos na primeira fase da dosimetria, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 3 a 15 anos de reclusão. De fato, as peculiaridades do caso concreto, em que houve a apreensão de mais de 18 kg de cocaína, em contexto de tráfico transnacional de drogas, justificam maior reprimenda penal.
5. A quantidade e a natureza da droga podem ser valoradas na fixação da pena-base mesmo que o crime de tráfico tenha sido praticado na vigência da Lei n. 6.368/1976, pois o art. 37 da referida lei preconizava que, "para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".
6. A Lei n. 11.343/2006 operou verdadeira *abolitio criminis* em relação à majorante descrita no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, não havendo mais previsto a associação eventual de agentes como causa de aumento de pena, de modo que deve ser afastada a incidência dessa majorante, em atenção ao disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e no art. 5º, XL, da Constituição Federal.
7. O art. 18 da Lei n. 6.368/1976 previa a majoração de 1/3 a 2/3 da pena pelas causas especiais de aumento; já o art. 40 da Lei n. 11.343/2006 prevê o aumento de 1/6 a 2/3, lei posterior, portanto, mais favorável que pode retroagir para beneficiar o paciente, desde que a reprimenda a ser considerada como parâmetro seja a do *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto não se admite, em nenhuma hipótese, a combinação dos textos legais.
8. É possível a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aos casos ocorridos sob a égide da Lei n. 6.368/1976, por se tratar, genericamente, de *lex mitior*.
9. Embora a Lei n. 11.343/2006 já estivesse em vigor na data do julgamento do recurso de apelação (ocorrido em 3/3/2009), deixou a Corte regional de analisar a eventual possibilidade de aplicação retroativa da nova lei, em sua integralidade, ao paciente.
10. À luz das particularidades do caso concreto, notadamente do fato de o paciente haver cometido o crime prevalecendo-se da função



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública relacionada com a repressão à criminalidade (o acusado, à época, era agente da Polícia Federal), diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, e da elevada quantidade de drogas apreendidas (18.700 g de cocaína), dúvidas não há de que, efetivamente, o regime inicial mais gravoso é o que se mostra mais adequado para a prevenção e a repressão dos delitos perpetrados, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

11. Nada obsta que a Corte regional, ao avaliar a possibilidade de aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006 e caso reduza a sanção imposta ao paciente, reavalie, como consectário de eventual nova pena aplicada, o regime inicial de cumprimento da reprimenda e o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, com devolução dos autos ao Tribunal de origem, para nova análise dos temas indicados no voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.204 - SP (2010/0143033-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO

ADVOGADO : PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE : EDUARDO DE SOUZA GUÉRCIA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

EDUARDO DE SOUZA GUÉRCIA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região** (Apelação Criminal n. 2002.61.19.005387-0/SP).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos crimes previstos no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, I, II e III, ambos da Lei n. 6.368/1976 (fl. 3.313). Na ocasião, foi-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade, "tendo em vista que permaneceu solto durante toda a instrução".

Os impetrantes sustentam a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Magistrado sentenciante fixou a pena-base "muito acima do mínimo, baseado em fundamentos inidôneos para essa elevada exasperação" (fl. 2).

Ponderam que "não há falar em considerar a quantidade da substância apreendida, pois a Lei 6.368/76, ao contrário da atual, não possui expresso comando que autorize essa circunstância ser levada em conta na dosimetria da pena" (fl. 6).

Argumentam, ainda, que deve ser afastada a majorante prevista no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976 (associação eventual para o tráfico), "ante a evidente ocorrência de *abolitio criminis*" (fl. 11).

Também defendem que, em observância ao princípio da *novatio legis in melius*, "o aumento no patamar mínimo de 1/3 (um terço) da pena, pelo uso de função pública e pela transnacionalidade do tráfico ilícito de drogas, previsto na antiga lei (Lei n.º 6.368/76 – art. 18, I e II), deve ceder à nova configuração da Lei n.º 11.343/06, que prevê o acréscimo na fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/6 (um sexto) - art. 40, incisos I e II" (fl. 13).

Aduzem, na sequência, que deve ser aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "visto que a sentença expressamente reconhece a não habitualidade do paciente na prática do delito em comento" (fl. 16).

Com a redução da reprimenda nos moldes anteriormente delineados, consideram que deve ser fixado o regime aberto e ser determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requerem a concessão da ordem, para que seja: a) fixada a pena-base no mínimo legal; b) afastada a causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 12 da Lei n. 6.368/1976; c) estabelecido o aumento de 1/6 em razão das majorantes remanescentes; d) aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; e) fixado o regime aberto; f) determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida e, depois de as informações terem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

Em consulta processual realizada nos assentamentos eletrônicos desta Corte Superior, verifico que também foi impetrado o **HC n. 143.033/SP** em favor do ora paciente, o qual igualmente se insurge contra a mesma condenação objeto deste *writ* e contra o mesmo acórdão oriundo da Apelação Criminal n. 2002.61.19.005387-0/SP, de modo que, pela conexão entre as matérias discutidas em um e em outro processo e por questão de economia processual, **proponho o julgamento conjunto de ambos os feitos.**

No referido habeas corpus, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o processo é absolutamente nulo, porquanto não houve a realização do interrogatório preliminar previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, em inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Alega, ainda, que o paciente não teve nenhuma participação no delito que lhe foi imputado, porque não tinha nenhuma ligação com a mala que foi apreendida no aeroporto, em veículo no estacionamento do local, contendo cocaína.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pondera que "somente um médium poderia prever que a pessoa que estava no aeroporto, acompanhando um colega policial federal, a princípio honesto, fosse um traficante" (fl. 11) e acrescenta que "em todos os seus interrogatórios, Julius deixa bem claro seu arrependimento de ter envolvido Guércia [ora paciente] nesse lamentável episódio" (fl. 12).

Na sequência, aduz que, não obstante tenham sido opostos embargos de declaração ao acórdão da apelação, deixou a Corte estadual de se manifestar acerca do "álibi do réu" (fl. 15), em inobservância ao disposto no art. 619 do Código de Processo Penal.

Por fim, caso mantida a condenação, defende que deve ser fixado o regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Requer a concessão da ordem, "para reconhecer e declarar a nulidade absoluta do processo desde o recebimento da denúncia, ordenando-se a realização do interrogatório preliminar a que se refere o mencionado dispositivo legal, com o prosseguimento da instrução e julgamento, conforme o devido processo legal" (fl. 17).

Alternativamente, pleiteia a absolvição do paciente e, caso mantida a condenação, a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Não houve pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.204 - SP (2010/0143033-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 6.368/1976). DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MAJORANTE RELATIVA À ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO E *QUANTUM* DAS MAJORANTES. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA NA INTEGRALIDADE. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Também foi impetrado o HC n. 143.033/SP em favor do ora paciente, o qual igualmente se insurge contra a mesma condenação objeto deste *writ* e contra o mesmo acórdão oriundo da Apelação Criminal n. 2002.61.19.005387-0/SP, de modo que, pela conexão entre as matérias discutidas em um e em outro processo, por questão de economia e de celeridade processuais e em razão da instrumentalidade das formas, foi realizado o julgamento conjunto de ambos.

2. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da alegada inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, porquanto essa matéria não foi analisada nem pelo Juiz sentenciante, nem pela Corte de origem, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

3. A Corte regional, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluiu pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a manutenção da condenação do paciente pelo crime de tráfico transnacional de drogas, de modo que, para entender pela absolvição do acusado ou para acolher a alegação de ter sido ardilosamente envolvido na trama criminoso, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

4. Uma vez que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente, sobretudo porque não houve desproporcionalidade no aumento de 2 anos na primeira fase da dosimetria, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 3 a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15 anos de reclusão. De fato, as peculiaridades do caso concreto, em que houve a apreensão de mais de 18 kg de cocaína, em contexto de tráfico transnacional de drogas, justificam maior reprimenda penal.

5. A quantidade e a natureza da droga podem ser valoradas na fixação da pena-base mesmo que o crime de tráfico tenha sido praticado na vigência da Lei n. 6.368/1976, pois o art. 37 da referida lei preconizava que, "para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

6. A Lei n. 11.343/2006 operou verdadeira *abolitio criminis* em relação à majorante descrita no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, não havendo mais previsto a associação eventual de agentes como causa de aumento de pena, de modo que deve ser afastada a incidência dessa majorante, em atenção ao disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

7. O art. 18 da Lei n. 6.368/1976 previa a majoração de 1/3 a 2/3 da pena pelas causas especiais de aumento; já o art. 40 da Lei n. 11.343/2006 prevê o aumento de 1/6 a 2/3, lei posterior, portanto, mais favorável que pode retroagir para beneficiar o paciente, desde que a reprimenda a ser considerada como parâmetro seja a do *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto não se admite, em nenhuma hipótese, a combinação dos textos legais.

8. É possível a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aos casos ocorridos sob a égide da Lei n. 6.368/1976, por se tratar, genericamente, de *lex mitior*.

9. Embora a Lei n. 11.343/2006 já estivesse em vigor na data do julgamento do recurso de apelação (ocorrido em 3/3/2009), deixou a Corte regional de analisar a eventual possibilidade de aplicação retroativa da nova lei, em sua integralidade, ao paciente.

10. À luz das particularidades do caso concreto, notadamente do fato de o paciente haver cometido o crime prevalecendo-se da função pública relacionada com a repressão à criminalidade (o acusado, à época, era agente da Polícia Federal), diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, e da elevada quantidade de drogas apreendidas (18.700 g de cocaína), dúvidas não há de que, efetivamente, o regime inicial mais gravoso é o que se mostra mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequado para a prevenção e a repressão dos delitos perpetrados, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

11. Nada obsta que a Corte regional, ao avaliar a possibilidade de aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006 e caso reduza a sanção imposta ao paciente, reavalie, como consectário de eventual nova pena aplicada, o regime inicial de cumprimento da reprimenda e o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, com devolução dos autos ao Tribunal de origem, para nova análise dos temas indicados no voto do relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Habeas corpus substitutivo

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Julgamento conjunto dos HCs n. 143.033/SP e n. 181.204/SP

Conforme anteriormente salientado, verifico que também foi impetrado o **HC n. 143.033/SP** em favor do ora paciente, o qual igualmente se insurge contra a mesma condenação objeto deste *writ* e contra o mesmo acórdão oriundo da Apelação Criminal n. 2002.61.19.005387-0/SP, de modo que, pela conexão entre as matérias discutidas em um e em outro processo, **proponho o julgamento conjunto de ambos**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Explico.

As questões relativas à nulidade do processo, à absolvição do paciente e ao regime inicial de cumprimento da pena (objetos do HC n. 143.033/SP) **estão intimamente relacionadas aos temas discutidos nos autos do HC n. 181.204/SP** – no qual os impetrantes questionam a pena-base, pretendem o afastamento da majorante prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/1976, pleiteiam que seja estabelecido o aumento de 1/6 em razão das majorantes remanescentes e que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, buscam a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda e a sua substituição por restritiva de direitos –, de modo que **proponho o julgamento conjunto de ambos os feitos**, em uma única decisão, notadamente porque, além de a preliminar de nulidade do feito (arguida no HC n. 143.033/SP) ser prejudicial em relação a todas as demais matérias, dúvidas não há de que a dosimetria da pena e a apuração da reprimenda definitiva a ser imposta ao paciente exige que todas essas questões sejam decididas em um único julgamento, em razão, notadamente, dos princípios da economia e da celeridade processuais e da instrumentalidade das formas.

III. Interrogatório preliminar (HC n. 143.033)

No que tange à alegada inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, verifico que essa matéria não foi analisada nem pelo Juiz sentenciante, nem pela Corte de origem, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida **supressão de instância**.

Na verdade, observo que o Juiz sentenciante se manifestou acerca dessa matéria somente em relação aos corréus **Jae James Albino** e **Luis Jhonson**, ocasião em que afastou a aventada nulidade pelos seguintes fundamentos (fls. 1.996-1.997 e 2.013-2.014, respectivamente):

[...] percebo que a não realização de um interrogatório preliminar, a teor do art. 38 da Lei n. 10.409/02, de maneira alguma causou qualquer prejuízo à defesa, tanto no aspecto técnico, quanto no de autodefesa, pois todas as vezes em que foi instada a se manifestar, fê-lo oportuna e tempestivamente.

Observo que o corréu Jae James, ao apresentar as alegações escritas às fls. 327/347, silenciou acerca do disposto na Lei n. 10.409/02, o que faz sanar a eventual nulidade alegada, uma vez que, tacitamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aceitou, após o seu interrogatório, os efeitos que dele derivavam, conforme o disposto no art. 572, III, do Código de Processo Penal. Como no Processo Penal vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal, e dos atos praticados não resultou prejuízo algum à defesa do corréu Jae James, devem os autos ser mantidos na sua integralidade.

Veja-se que também o Tribunal de origem se manifestou em relação ao disposto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002 somente em relação ao corréu Jae James Albino, conforme se nota às fls. 3.292-3.293, não havendo abordado nenhuma ilegalidade suscitada pela defesa do paciente.

Aliás, constato, do minucioso relatório do recurso de apelação (fls. 3.214-3-217), que a defesa do paciente, em nenhum momento, arguiu a nulidade do processo por eventual inobservância ao disposto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002. Saliento que essa matéria deveria ter sido suscitada no momento oportuno e perante o Juízo competente, até para possibilitar à instância recursal um pronunciamento seguro sobre a questão, sendo, por isso mesmo, **vedada a inauguração, em habeas corpus, de tese defensiva não aventada e não debatida na via ordinária.**

IV. Negativa de autoria (HC n. 143.033)

No que se refere à alegação de que o paciente não teve nenhuma participação no delito que lhe foi imputado e de que teria sido ardilosamente envolvido na trama criminoso, melhor sorte não alcança o impetrante.

Com efeito, a Corte regional destacou que "os policiais Julius e Eduardo **não só sabiam da intenção do grupo, como também participaram da execução do plano de remessa da droga ao exterior, na viabilização do crime**, assumindo suas atuações fundamental importância, qual seja, a de garantir o embarque da 'mula' na aeronave que faria o voo internacional, valendo-se dos cargos que ocupavam e afastando eventual possibilidade de ser aquele transportador da droga submetido à fiscalização da Polícia Federal realizada por seus colegas" (fl. 3.310).

Do trecho anteriormente transcrito e, sobretudo, da leitura atenta da sentença condenatória e do acórdão impugnado, verifico que a Corte regional, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluiu pela existência de elementos **concretos e coesos** a ensejar a manutenção da condenação do paciente pelo crime de tráfico transnacional de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas.

Por essas razões, mostra-se inviável a absolvição do paciente, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.

Ainda que assim não fosse, registro que, para entender pela absolvição do acusado ou para acolher a alegação de ter sido ardilosamente envolvido na trama criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

V. A pena-base (HC n. 181.204)

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta ao paciente, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

No caso, embora o Juiz sentenciante haja feito breves considerações acerca da culpabilidade e da personalidade do agente, deu especial atenção ao fato de que "o delito perpetrrou-se em um aeroporto internacional, com voo ao exterior, de modo oculto e associativo, prevalecendo-se do seu cargo público, **de forma a dificultar a descoberta da substância entorpecente cocaína, com peso líquido de 18.700 g (dezoito**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mil e setecentos gramas)" (fl. 2.046).

Destaco que, segundo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a **certa discricionariedade judicial**. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, **em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias**" (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 5/3/2015), **situação que, no entanto, não ficou caracterizada nos autos**.

Portanto, uma vez que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo que deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao paciente, sobretudo porque **não houve desproporcionalidade no aumento de 2 anos na primeira fase da dosimetria**, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 3 a 15 anos de reclusão. De fato, as peculiaridades do caso concreto, em que houve a apreensão de **mais de 18 kg de cocaína**, em contexto de tráfico transnacional de drogas, justificam maior reprimenda penal.

Ademais, ao contrário do que alegam os impetrantes, a quantidade e a natureza da droga podem ser valoradas na fixação da pena-base mesmo que o crime de tráfico tenha sido praticado na vigência da Lei n. 6.368/1976, pois o art. 37 da referida lei preconizava que, "para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, **a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida**, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

A propósito, menciono o seguinte julgado:

[...]

2. Ainda que o delito tenha sido praticado sob a vigência da Lei n.º 6.368/76, segundo entendimento desta Corte é "lícito ao juiz levar em conta a quantidade da substância entorpecente na fixação da pena, a fim de elevar a pena-base acima do mínimo" (HC 35.795/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 01/08/2005).

[...]

4. Resta justificada a dosimetria da pena nos termos do art. 42, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 11.343/06, segundo o qual "[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." E ainda o revogado art. 37, da Lei n.º 6.368/76 (vigente quando da conduta praticada), considerava, "[p]ara efeito de caracterização do crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente" (sem grifos nos originais).

[...]

(HC 202.282/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 12/3/2013).

Nesse contexto, entendo que deve ser mantida inalterada a reprimenda-base aplicada ao paciente.

VI. Associação eventual para o tráfico de drogas (HC n. 181.204)

No que se refere ao pretendido afastamento da causa especial de aumento de pena descrita no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976 (associação eventual para o tráfico), **entendo assistir razão aos impetrantes.**

De fato, a Lei n. 11.343/2006 operou verdadeira *abolitio criminis* em relação a essa matéria, não havendo mais previsto a associação eventual de agentes como causa de aumento de pena. Assim, verificada a ocorrência de *novatio legis in melius*, deve ser afastada a incidência da majorante descrita no art. 18, III, da Lei n. 6.368/1976, em atenção ao disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Nesse sentido, menciono os seguintes julgados: **HC n. 211.513/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 3/2/2014; **HC n. 129.668/SP**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 3/5/2010.

VII. Fração das majorantes e causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 181.204)

Em relação ao aumento de pena efetivado na terceira fase da dosimetria, a Corte regional assim fundamentou a exasperação no patamar de 1/2 (fl. 61):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De outra banda, entendo perfeitamente aplicável ao caso aumento maior que um terço, conforme pleiteado pelo Ministério Público Federal, em decorrência da incidência e acúmulo de 3 (três) dos itens que circunstanciam as causas de aumento de pena previstas no art. 18, razão pela qual aumento em 1/2 (metade) a pena-base na terceira fase de aplicação da pena [...]

Com efeito, o art. 18 da Lei n. 6.368/1976 previa a majoração de 1/3 a 2/3 da pena pelas causas especiais de aumento; já o art. 40 da Lei n. 11.343/2006 prevê o aumento de 1/6 a 2/3, lei posterior, portanto, mais favorável que deve retroagir para beneficiar o paciente.

Sobre esse tema, menciono, entre muitos, o seguinte julgado:

[...]

1. O Paciente foi condenado como incurso nos artigos 12, caput, e 14, c.c. o artigo 18, incisos II e IV, todos da Lei nº 6.368/76, na forma do artigo 69, do Código Penal, à pena de 16 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado [...]

[...]

5. Ademais, o art. 18 da Lei n.º 6.368/76 previa o aumento de 1/3 a 2/3 da pena pelas majorantes, sendo que o art. 40 da Lei n.º 11.343/2006, diminuiu esse *quantum* para o intervalo entre 1/6 e 2/3.

6. A lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal, e art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. Enquanto a Carta Magna não condiciona temporalmente a retroatividade da lei penal mais benigna, o Código Penal ressalva que, mesmo na hipótese de trânsito em julgado da decisão condenatória, de qualquer modo, a lei posterior mais favorável deve ser aplicada aos fatos anteriores.

7. No tocante à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o presente habeas corpus consubstancia-se em mera reiteração de pedido, vez que se volta contra o mesmo acórdão de apelação, possui as mesmas partes, o mesmo fundamento e idêntico objeto ao do HC n.º 176.963/SP, de minha relatoria, denegado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 09/08/2011, DJ de 22/08/2011. 8. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente concedido para, aplicando as causas especiais de aumento previstas no artigo 18, incisos II e IV,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos da Lei nº 6.368/76, nos termos do art. 40 da Lei nº 11.343/06, fixar a pena do Paciente em 13 anos e 04 meses de reclusão.
(HC n. 212.333/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 15/3/2013).

O mesmo ocorre com a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. De fato, entendo que se mostra possível a sua incidência aos casos ocorridos sob a égide da Lei n. 6.368/1976, por se tratar, **genericamente**, de *lex mitior*.

No caso, embora a Lei n. 11.343/2006 já estivesse em vigor na data do julgamento do recurso de apelação (ocorrido em 3/3/2009), deixou a Corte regional de analisar a eventual possibilidade de aplicação retroativa da nova lei, **em sua integralidade**, ao paciente.

Portanto, uma vez que o art. 40 da Lei n. 11.343/2006, no que diz respeito ao intervalo de aumento de pena, se trata de lei posterior mais benéfica, assim como o é a minorante prevista no § 4º do art. 33 da atual Lei de Drogas, entendo que os autos **devem retornar ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, a fim de que analise a eventual possibilidade de aplicação retroativa do *quantum* de aumento de pena pelas majorantes, bem como de reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e analise se o resultado da incidência das disposições da nova Lei de Drogas, **na íntegra**, será mais favorável ao réu do que o advindo da incidência da Lei n. 6.368/1976, porquanto **não se admite, em nenhuma hipótese, a combinação dos textos legais, conforme o enunciado da Súmula n. 501 do STJ**.

VIII. Regime inicial de cumprimento de pena e substituição da reprimenda por restritiva de direitos

No que tange ao modo de cumprimento de pena, verifico que o Tribunal de origem alterou o regime do integral para o **inicialmente fechado**, consoante o disposto na Lei n. 11.464/2007, sem, no entanto, haver tecido maiores considerações (fl. 3.313).

Sobre essa matéria, registro que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Não obstante feitas essas considerações, entendo que o **regime inicial fechado deve ser mantido**, dessa vez por outros fundamentos.

À luz das particularidades do caso concreto, notadamente do fato de o paciente haver cometido o crime prevalecendo-se da função pública relacionada com a repressão à criminalidade (o acusado, à época, era agente da Polícia Federal) e diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, e da elevada quantidade de drogas apreendidas (18.700 g de cocaína), dúvidas não há de que, efetivamente, o **regime inicial mais gravoso** é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão dos delitos perpetrados, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Registro, todavia, que nada obsta que a Corte regional, ao avaliar a possibilidade de aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006 **e caso reduza a sanção imposta ao paciente**, reavalie o regime inicial de cumprimento da reprimenda, como consectário de eventual nova pena aplicada.

O mesmo ocorre com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: é certo que, atualmente, a reprimenda imposta ao acusado é superior ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, o que, em princípio, evidencia a impossibilidade de concessão desse benefício.

No entanto, considero que também caberá ao Tribunal de origem, ao aferir a eventual possibilidade de aplicação integral da Lei n. 11.343/2006 e caso diminua a sanção imposta ao acusado, reavaliar o eventual preenchimento dos requisitos **objetivos e subjetivos** necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz das circunstâncias do caso concreto, do *quantum* de pena definitivamente aplicado e das demais disposições constantes do art. 44 do Código Penal.

IX. Conclusão

IX. a) HC n. 143.033/SP



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante das considerações feitas anteriormente, registro que, em relação ao **HC n. 143.033/SP**, estou afastando a alegada nulidade do feito, a pretendida absolvição do paciente, bem como rejeitando a pleiteada imposição de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, embora com a observação de que poderá a Corte regional, ao avaliar a possibilidade de aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006 e caso reduza a sanção imposta ao acusado, reavaliar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, como consectário de eventual nova pena aplicada.

IX. b) HC n. 181.204/SP

Já em relação ao **HC n. 181.204/SP**, estou negando a pretendida redução da pena-base e acolhendo o pedido de afastamento da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976.

No que se refere ao *quantum* das majorantes e à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, estou concedendo habeas corpus, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem analise a possibilidade de aplicação retroativa integral da Lei n. 11.343/2006 – tanto no que diz respeito ao *quantum* de aumento de pena em razão das majorantes constantes nos incisos I e II do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, quanto ao reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 –, com a observância de que a reprimenda a ser considerada como parâmetro seja a do *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

No que tange à pretendida imposição de regime mais brando de cumprimento de pena, certo é que essa matéria se trata, no ponto, de mera reiteração do HC n. 143.033/SP (registro, no particular, que o HC n. 181.204/SP foi impetrado neste Corte Superior de Justiça **depois** do HC n. 143.033/SP).

Por fim, no que diz respeito à almejada substituição da pena, estou concedendo habeas corpus, de ofício, somente para determinar que o Tribunal de origem, ao aferir a eventual possibilidade de aplicação integral da Lei n. 11.343/2006 e caso diminua a sanção imposta ao acusado, reavalie o eventual preenchimento dos requisitos **objetivos e subjetivos** necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

X. Dispositivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, **não conheço deste habeas corpus**, por saber inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, ao examinar o seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder a ordem** postulada, para:

a) afastar a causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/1976 (associação eventual para o tráfico de drogas);

b) determinar que o Tribunal de origem analise a possibilidade de aplicação retroativa integral da Lei n. 11.343/2006 – tanto no que diz respeito ao *quantum* de aumento de pena em razão das majorantes constantes nos incisos I e II do art. 18 da Lei n. 6.368/1976, quanto ao reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 –, com a observância de que a reprimenda a ser considerada como parâmetro seja a do *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não se admitindo, em nenhuma hipótese, a combinação dos textos legais;

c) também determinar à Corte regional que, ao avaliar a possibilidade de aplicação retroativa integral da Lei n. 11.343/2006 e caso reduza a sanção imposta ao paciente, reaprecie, como consectário de eventual nova pena aplicada, o regime inicial de seu cumprimento e o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à sua substituição por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0143033-6

HC 181.204 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200261190053870

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO
ADVOGADO	: PAULO JACOB SASSYA EL AMM E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: EDUARDO DE SOUZA GUÉRCIA
CORRÉU	: JAE JAMES ALBINO
CORRÉU	: LUIS JHONSON QUINTERO PARDO
CORRÉU	: JULIUS DAVID ROZENBAUM

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, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.