HABEAS CORPUS Nº 476.719 - SC (2018/0287813-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	TRAJANO GOMES DA ROCHA NETO (PRESO)
PACIENTE	:	BRUNA KRIEGER (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/20) com pedido liminar impetrado em benefício de **TRAJANO GOMES DA ROCHA NETO** e de **BRUNA KRIEGER** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0006856-20.2017.8.24.0008 - fls. 339/374 e 393/401).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou **TRAJANO**, por infração ao art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006, c.c. os arts. 14, inciso II, e 61, inciso I, ambos do Código Penal, à pena de **4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 453 dias-multa, no valor unitário mínimo**; e **BRUNA**, por infração ao art. 33, *caput*, c.c. o seu § 4º, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006, c.c. o art. 65, inciso I, do Código Penal, à pena de **2 anos e 11 meses de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e 340 dias-multa, no valor unitário mínimo** (fls. 211/224).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que a ela negou provimento, conforme a ementa seguinte:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RECONHECIMENTO DA*

MODALIDADE TENTADA EM RELAÇÃO A UM DOS AGENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, COMBINADO COM ART. 40, III, E ART. 33, CAPUT, COMBINADO COM ART. 40, III, NA FORMA DO ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. COGITADO RECONHECIMENTO DA TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL EM RELAÇÃO AO ACUSADO TRAJANO GOMES DA ROCHA NETO POR ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO EMPREGADO. IMPERTINÊNCIA. REVISTA PESSOAL AOS VISITANTES QUE APENAS REDUZ A POSSIBILIDADE DE INGRESSO DE DROGAS NOS PRESÍDIOS.

PRETENSA ABSOLVIÇÃO DO REFERIDO INSURGENTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS A RESPEITO DA CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS RESPONSÁVEIS PELA BUSCA QUE CULMINOU COM A PRISÃO EM FLAGRANTE DE SUA COMPANHEIRA. APREENSÃO DE COCAÍNA QUE LHE SERIA ENTREGUE. TENTATIVA DE AQUISIÇÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO NO INTERIOR DO ERGÁSTULO PRISIONAL EVIDENCIADA.

IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 28, CAPUT, DA LEI DE DROGAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E CONCLUDENTE QUE INDICA, COM SEGURANÇA, A PRÁTICA DO INJUSTO.

DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA ETAPA DO CÔMPUTO. ALMEJADA FIXAÇÃO DAS SANÇÕES BASILARES NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. NATUREZA DA DROGA QUE SERVE DE CRITÉRIO À AVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DITAS JUDICIAIS NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI DE REGÊNCIA. ADEMAIS, FUNDAMENTO IDÔNEO PARA O SOPESAMENTO NEGATIVO DAS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME.

AVENTADA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. IMPROCEDÊNCIA. LEGÍTIMA OPÇÃO LEGISLATIVA. PECULIARIDADES DO COMÉRCIO ESPÚRIO QUE AUTORIZAM RESPOSTA ESTATAL MAIS SEVERA. VALOR DA UNIDADE PECUNIÁRIA, ADEMAIS, ESTABELECIDO NO MÍNIMO LEGAL.

REGIME PRISIONAL. POSTULADA MODIFICAÇÃO DO FECHADO PARA O SEMIABERTO EM RELAÇÃO À TRAJANO GOMES DA ROCHA NETO. DESCABIMENTO.

> *RÉU REINCIDENTE. REPRIMENDA SUPERIOR A QUATRO ANOS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES.*
>
> *SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS EM FACE DE BRUNA KRIEGER. IMPOSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS NÃO OBSERVADOS NA ESPÉCIE (DECRETO-LEI 2.848/1940, ART. 44, III).*
>
> *PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (fls. 358/359).*

Na sequência, foram opostos embargos de declaração defensivos, os quais resultaram rejeitados nos termos da ementa a seguir:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA EM RELAÇÃO A UM DOS AGENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, COMBINADO COM ART. 40, III, E ART. 33, CAPUT, COMBINADO COM ART. 40, III, NA FORMA DO ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESACOLHIMENTO DO PRETÉRITO INCONFORMISMO.*
>
> *APONTADA OMISSÃO DO JULGADO. MATÉRIAS A SEREM ALEGADAMENTE APRECIADAS DE OFÍCIO. NULIDADE DECORRENTE DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DOS ACUSADOS AO INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, AUSÊNCIA DE ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NO QUE TANGE AO RÉU TRAJANO GOMES DA ROCHA NETO E DA REDUÇÃO MÁXIMA DA PENA EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA BENESSE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE REGÊNCIA, NO QUE DIZ RESPEITO A BRUNA KRIEGER. INOCORRÊNCIA. QUESTÕES NÃO SUSCITADAS EM SEDE RECURSAL. PRECLUSÃO TEMPORAL. MÁCULA ADEMAIS NÃO CONFIGURADA.*
>
> *ACLARATÓRIOS CONHECIDOS E REJEITADOS." (fl. 394).*

No presente *mandamus*, a impetrante alega que o interrogatório do acusado deve, obrigatoriamente, ser realizado ao final da instrução processual, inclusive nos procedimentos especiais, aplicando-se o art. 400,

caput, do Código de Processo Penal, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado no HC n. 127.900/AM (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. 03/03/2016). No caso, a referida orientação não teria sido respeitada, com prejuízo para o paciente, que, em virtude da inversão da ordem do seu interrogatório, não pôde planejar, adequadamente, suas estratégias de defesa.

Aduz que a natureza e a quantidade da droga apreendida, previstas no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, constituem um único vetor, devendo ser avaliado de modo incindível. E aponta que, na hipótese, as penas-bases dos pacientes foram ilegalmente exasperadas, levando-se em conta apenas **a natureza da substância, encontrada em ínfima quantidade**.

Sustenta que a confissão do paciente TRAJANO foi essencial para a formação do convencimento judicial, sendo, portanto, devida a aplicação da atenuante do art. 65, inciso III, alínea *'d'*, do Código Penal, em favor do paciente.

Argumenta que há de ser reconhecida a ilegalidade do acórdão da origem no ponto em que deixou de aplicar a fração máxima da redutora do tráfico privilegiado, na terceira fase da dosimetria das penas de BRUNA, por ser inidônea a motivação aventada, relativa à natureza e à quantidade de droga apreendida, que no caso consistem em apenas **5,7 g de cocaína**.

Ressalta, ainda, que, fixada a pena de BRUNA em patamar inferior a **4 anos de reclusão**, sendo a paciente primária, ostentando a maioria das circunstâncias judiciais favoráveis e tratando-se de condenação por crime praticado sem violência ou grave ameaça, estão preenchidos os requisitos para a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos.

Ao final, requer, liminarmente, sejam os efeitos da condenação suspensos até o julgamento final do *writ*. No mérito, postula pela concessão da ordem para: anular a ação criminal desde o interrogatório dos pacientes; excluir, das penas-bases de ambos os pacientes, a negativação da circunstância

judicial da natureza da droga; reconhecer a atenuante da confissão, em relação ao paciente TRAJANO; aplicar a fração redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo, em relação à paciente BRUNA; substituir a pena corporal por restritivas de direitos, em relação à paciente BRUNA.

A liminar foi indeferida, às fls. 409/413.

O Ministério Público Federal, manifestou-se pela extinção do *writ* sem resolução do mérito (fls. 415/434).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Neste *writ,* a Defensoria Pública sustenta haver constrangimento ilegal em razão de nulidade processual, que aponta ser insanável, a qual *ensejou flagrante cerceamento de defesa,* pois *o Magistrado de primeiro grau, em flagrante error in procedendo, na audiência de instrução e julgamento realizada em 20/09/2017 (fls. 131/133), procedeu primeiramente ao interrogatório dos acusados e somente depois inquiriu as testemunhas, conforme consta na ata* (fl. 6).

Isso porque, apesar de a Lei n. 11.343/2006 estabelecer um procedimento especial para delitos ali tipificados, aponta que deve ser aplicado, ao caso, o disposto no art. 400, *caput,* do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, segundo a qual o interrogatório deve ser obrigatoriamente o último ato da instrução processual.

A questão ficou posta, na origem, nos seguintes termos:

> *"Assim, não configuradas quaisquer das hipóteses cogitadas no referido dispositivo processual, mostra-se imperiosa a rejeição dos aclaratórios, haja vista ser vedado à parte rediscutir, nesta*

via, matéria já decidida. Do contrário, a ambigüidade, contradição, omissão ou obscuridade deve ser suprida, conforme o caso, analisando-se o ponto de modo a complementar o julgado embargado.

Contudo, não é a conjuntura vertente.

Na verdade, os embargantes almejam a reforma da decisão acoimada de omissa, ampliando seus limites, a pretexto de que sejam eliminadas supostas máculas, com o inescusável propósito de ver refeita toda a produção probatória ou ao menos reduzidas as sanções que lhes foram impostas.

A alegação de omissão relevante acerca de matérias que, conquanto não tenham sido suscitadas explicitamente nas razões recursais, mereciam conhecimento e aplicação de ofício, diante de seu manifesto cabimento à hipótese dos autos, não possui o condão de determinar o acolhimento dos embargos, uma vez que não foram alvo de insurgimento anterior, já que também não impugnada a ordem de inquirição pelo defensor público presente à audiência de instrução e julgamento (fls. 133) e não arguidas as teses de reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, em relação a Trajano Gomes da Rocha Neto, e de redução máxima da pena em decorrência da aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no que diz respeito a Bruna Krieger, o que impede o seu exame na presente via segundo reiteradamente se tem decidido no âmbito dos Tribunais Pátrios.

[...]

Nesse diapasão, esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que a 'ausência de manifestação sobre matéria que poderia ser examinada de ofício pelo magistrado, em homenagem ao princípio reformatio in mellius, não implica omissão' (Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 2014.067027-1/0001.00, de Criciúma, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 10-3-2015).

[...]

Apenas para argumentar, registra-se que tais requerimentos jamais seriam acolhidos, notadamente porque sequer há provas de eventual prejuízo suportado pelos embargantes em razão da realização do interrogatório ao início da audiência de instrução e julgamento, além do que o acusado não admitiu a prática do crime, alegando que sua companheira lhe entragaria os entorpecentes para consumo pessoal, o que não restou demonstrado nos autos, e a fração utilizada para reduzir a sanção desta no estágio derradeiro do cômputo da pena está de acordo com o entendimento deste Sodalício, dada a natureza da droga apreendida - cocaína.

> *À vista disso, não há falar em omissão no acórdão vergastado, tendo em conta que exposta de forma clara e objetiva a sua motivação, não se revestindo de quaisquer dos vícios previstos no art. 619 do CPP, circunstância que impede o acolhimento da insurgência. (fls. 398/400).*

De fato, em recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 127.900/AM, julgado em 03/03/2016, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ficou assentado que *a norma inscrita no art. 400, do Código de Processo Penal, comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.*

A ementa ficou assim redigida:

> *Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302, do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400, do Código de Processo Penal, comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400, do Código de Processo Penal, comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.*
>
> *1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de*

atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).

2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.

3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).

4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400, do Código de Processo Penal.

6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/07/14.

7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400, do Código de Processo Penal, comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

Ocorre que não se reconhece, no processo penal, nulidade a qual não tenha acarretado prejuízo, conforme disciplina o art. 563, do Código de Processo Penal.

Afinal, *admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça* (HC n. 117.952/PB, Rel. Min.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 27/05/2010, DJe 28/06/2010).

No presente caso, na audiência de instrução realizada em 20.09.2017 (fls. 151/153), a defesa deixou de suscitar, logo após os depoimentos dos réus, o eventual prejuízo advindo da inversão do interrogatório. E nem sequer arguiu a preliminar em memoriais escritos (fls. 184/202), não explicitando oportuna e concretamente, de que forma a referida inversão influenciaria no resultado da condenação.

Em suma, *no julgamento do HC 127.900/AM, o Tribunal Pleno decidiu que 'a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.' A ata do referido julgamento foi publicada em 11.03.2016.* Todavia, o referido precedente do Plenário do STF *deve ser compreendido à luz do art. 563 do CPP, que prescreve que 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.' Vale dizer, a inobservância do rito fixado pela Corte não acarreta automática invalidade do processo, incumbindo, sob a ótica da instrumentalidade das formas, a aferição do gravame suportado pelo interessado. Referida análise não se traduz, simplesmente, a partir da condenação. É imperioso que o interessado evidencie certo nexo causal entre a suposta irregularidade e o resultado da ação penal, bem como que indique, ao menos de forma indiciária, a possibilidade efetiva de reversão do julgamento se ausente a nulidade ventilada, o que não ocorreu no caso.[...]'* (**STF, HC 155.087/MG,** Rel. Min. **Edson Fachin**, Dje 01/08/2018).

A seguir, aponto alguns casos recentes desta Corte em que não foi admitida a nulidade por inobservância do art. 400, do CPP, por não ter sido demonstrado o efetivo prejuízo:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ***TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/03/2016. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.*** *INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM AUDIÊNCIA. TERMO DE APELAÇÃO OU DE RENÚNCIA RECURSAL. DESNECESSIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

II - Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do habeas corpus n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que 'o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado' (HC 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/11/2017).

III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM (11/03/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

IV - In casu, consta no termo de fls. 82-99 que a audiência una de instrução e julgamento foi realizada em 20/02/2018, e, na ocasião, o acusado foi interrogado antes da oitiva das testemunhas. O interrogatório judicial, portanto, foi o primeiro ato a ser praticado na audiência de instrução e julgamento ocorrida em data posterior à publicação do julgado do Pretório Excelso.

V - ***De acordo com jurisprudência desta Corte de Justiça, para que se reconheça nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, é necessário que o inconformismo da Defesa***

tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão.

*VI - **Da leitura da ata de audiência de instrução e julgamento (fls. 82-99), verifica-se que o ora paciente estava acompanhado de seu advogado, Dr. Alcindo Pereira Neto, que em alegações questionou o fato de seu cliente ter sido interrogado no início da assentada, porém, percebe-se que não foi comprovado prejuízo em razão da alegada nulidade, pois, ainda que o réu tenha sido interrogado no início da instrução processual, tal fato, isoladamente, é insuficiente para a anulação do feito, considerando que a Defesa, ao questionar a nulidade em sede de alegações, sequer indicou eventuais perguntas ou esclarecimentos que poderiam ter sido feitos se o interrogatório tivesse sido realizado ao final da instrução processual, ou de que forma a renovação do ato poderia beneficiar o paciente. Tais circunstâncias afastam a ocorrência de prejuízos à Defesa e impedem o reconhecimento da nulidade arguida**.*

VII - A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563, do CPP, e no enunciado n. 523, da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese.

VIII - De acordo com o termo de audiência, acostado às fls. 82-99, o réu e o seu advogado estavam presentes na audiência de instrução, debates e julgamento, de onde saíram devidamente intimados da sentença condenatória naquela oportunidade proferida, e ainda assim, deixaram transcorrer in albis o prazo recursal. Tendo os causídicos sido intimados do deslinde da ação penal, nada impediria que, desde logo, tivessem interposto o competente recurso de apelação.

*IX - **A inércia dos interessados não pode ser confundida, sob qualquer hipótese, com constrangimento ilegal provocado pelo Juízo, haja vista a dispensabilidade de apresentação dos termos de apelação ou renúncia do recurso**.*

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 445.299/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018)

*PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE.***

INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/03/2016. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

II - Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do habeas corpus n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que 'o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado' (HC 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/11/2017).

III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM (11/3/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

IV - ***In casu, embora a audiência de instrução tenha ocorrido em 27/07/2016, e, na ocasião, o acusado tenha sido interrogado antes da oitiva das testemunhas, é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.***

V - ***Da leitura da ata da audiência (fl. 15), verifica-se o ora paciente estava acompanhado de seu advogado, que em momento algum questionou o fato de seu cliente ser interrogado no início da assentada, tampouco há qualquer irresignação neste sentido nas alegações finais.***

VI - A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas

> *de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. (HC n. 401.472/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)*

Assim, no ponto, não há ilegalidade flagrante a coartar.

A defesa insurge-se, ademais, contra a exasperação da pena-base acima do mínimo legal para ambos os pacientes, ao fundamento de que o art. 42, da Lei n. 11.343/2006 *preceitua que a natureza e a quantidade da substância proscrita deverão ser levadas em conta, e não a natureza ou a quantidade,* pois *o binômio natureza / quantidade deve ser analisado necessariamente em conjunto na etapa eleita para tal, constituindo seu fracionamento nas diversas fases dosimétricas inegável bis in idem* (fl. 10).

Na hipótese, aponta que *a exasperação da pena-base violou manifestamente o art. 59 do CP e, especialmente, o art. 42 da Lei 11.343/06. Isso porque o juízo de origem e o TJSC levaram em consideração apenas a natureza (nocividade da cocaína), sendo que a ínfima quantidade da droga contraindicava a exasperação (5,7)* (fl. 11).

Para a adequada delimitação da questão, colaciono os excertos seguintes dos títulos judiciais das instâncias ordinárias:

> *"2.2. Passo a aplicar a pena:*
>
> *2.2.1 Em relação à ré Bruna Krieger:*
>
> *Analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, principalmente, aquelas estabelecidas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, infere-se que a culpabilidade da ré é normal, pois, maior, mentalmente são, tinha plena consciência da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, sabendo que se portava contrariamente ao direito, sendo-lhe exigido comportamento diverso. Não registra antecedentes criminais (certidões de fls. 21/22). Inexistem dados acerca de sua conduta social e personalidade. Os motivos são típicos da narcotraficância, ou seja, o lucro fácil.* ***Quanto às conseqüências do crime, há de se considerar que as substâncias entorpecentes são conhecidas 'fomentadoras de negócios espúrios' no interior dos presídios, inclusive,***

relacionados ao crime organizado e a diversas empreitadas delitivas, cuja ordem para a sua realização, muitas vezes partem dos próprios detentos e se voltam a ações externas. Assim, condutas como a da acusada, além de desrespeitarem a lei e afrontarem a credibilidade da Justiça e das demais instituições ligadas à segurança pública, colaboram para o crime organizado e facilitam a instalação da desordem nos estabelecimentos prisionais. *Quanto às circunstâncias, não obstante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006 autorizar 'o aumento da pena na fase das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal em razão da natureza e/ou quantidade da droga' (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Quarta Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 2011.040399-4, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 25.11.2011), a fim de evitar bis in idem, deixo de valorar tais situações nesta fase da dosimetria, porque utilizadas para a análise da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.*

[...]

O comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para o crime.

Assim, havendo uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena base acima do mínimo legal em 1/6, totalizando em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes a considerar, verifico estar presente a atenuante da menoridade (art. 65, I, do Código Penal), pois a ré contava com 19 anos ao tempo dos fatos. Outrossim, em observância à súmula 231 do STJ ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"), reduzo a pena no mínimo legal.

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual a elevo em 1/6 (10 meses).

Presente, também, a causa de especial diminuição de pena do § 4º do art. 33, motivo pelo qual reduzo a reprimenda em 1/2, restando fixada definitivamente em 2 anos e 11 meses de reclusão e 340 dias-multa.

2.2.1.1. Fixo o regime aberto para início do cumprimento da reprimenda, pois embora as condições judiciais não sejam de todo favoráveis, trata-se de ré primária e menor de 21 anos.

2.2.1.2. Deixo de substituir a reprimenda nos moldes do art. 44, do CP, embora ciente do teor da Resolução n. 05/2012, do Senado Federal, pois as condições judiciais não são de todo favoráveis e a hipótese não recomenda a aplicação da benesse, pois a ré pretendia adentrar com o material entorpecente (de alto potencial lesivo) em estabelecimento prisional, o que por si

só indica a necessidade de maior rigor no cumprimento da pena.

[...]

2.2.2 Em relação ao réu Trajano Gomes da Rocha Neto:

Analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, principalmente, aquelas estabelecidas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, infere-se que a culpabilidade do réu é normal, pois, maior, mentalmente são, tinha plena consciência da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, sabendo que se portava contrariamente ao direito, sendo-lhe exigido comportamento diverso. Não registra antecedentes criminais (certidões de fls. 185/190 - a reincidência será apreciada na segunda fase). Inexistem dados acerca de sua conduta social e personalidade. Os motivos são típicos da narcotraficância, ou seja, o lucro fácil. ***Quanto às conseqüências do crime, há de se considerar que as substâncias entorpecentes são conhecidas "fomentadoras de negócios espúrios" no interior dos presídios, inclusive relacionados ao crime organizado e a diversas empreitadas delitivas, cuja ordem para a sua realização, muitas vezes partem dos próprios detentos e se voltam a ações externas. Assim, condutas como a do acusado, além de desrespeitarem a lei e afrontarem a credibilidade da Justiça e das demais instituições ligadas à segurança pública, colaboram para o crime organizado e facilitam a instalação da desordem nos estabelecimentos prisionais. Em relação às circunstâncias, destaco que a substância apreendida (cocaína), possui alto potencial lesivo podendo causar dependência física e/ou psíquica, estando seu uso proibido em todo o território Nacional e enquadrada na Lista F1, da supracitada norma****. O comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para o crime.*

Assim, havendo duas circunstâncias desfavoráveis, elevo a pena em 1/6 para cada uma, fixando assim a pena base em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a agravante da reincidência (autos n. 11737320158240104, fl. 189), motivo pelo qual aumento a pena em 1/6 (7 anos, 9 meses e 10 dias).

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual elevo a pena em 1/6 (9 anos e 26 dias).

Presente também a causa de diminuição de pena referente à tentativa, sendo a pena reduzida em 1/2, restando fixada definitivamente em 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão e 453 dias-multa.

2.2.2.1. Fixo o regime fechado para início do cumprimento da reprimenda, pois o réu é reincidente.

2.2.2.2. Nos termos da Lei n. 12.736/2012, que alterou o art. 387, § 2º, do CPP, verifico que o tempo de pena efetivamente cumprido pelo réu ainda não lhe dá o direito à progressão de regime.

2.2.2.3. Deixo de substituir a reprimenda nos moldes do art. 44, do CP, embora ciente do teor da Resolução n. 05/2012, do Senado Federal, haja vista o quantum fixado e porque a hipótese não recomenda a aplicação da benesse. Outrossim, trata-se de reincidente." (fls. 219/222).

"No que tange à dosimetria da pena, requerem os réus o afastamento da valoração negativa das circunstâncias ditas judiciais na primeira etapa do cômputo, mormente porque desprovida de fundamentação. Novamente, razão não lhes assiste.

[...]

Na dicção do art. 42 da Lei de regência, a natureza e quantidade das substâncias localizadas devem ser sopesadas com preponderância sobre as circunstâncias descritas no art. 59, caput, do Código Penal justamente para atender à imperiosa necessidade de repressão ao comércio espúrio.

[...]

Desse modo, não se observa ilegalidade na estipulação acima do mínimo legal da reprimenda de Trajano Gomes da Rocha Neto, em razão da natureza do entorpecente apreendido.

Por outro lado, a sentenciante acertadamente sopesou e fundamentou a análise desfavorável das conseqüências do crime em relação à ambos os irresignados.

[...]

Na conjuntura sob exame, o conjunto probatório bem demonstra que as porções de cocaína apreendidas seriam destinadas à mercancia em local que visa a ressocialização e reeducação de agentes condenados, sendo certo que com tal atitude estaria o casal fomentando a prática delituosa e expondo a risco a coletividade, tendo em vista que tal atividade ilícita é precursora de diversos outros injustos, os quais muitas vezes são cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não só dentro dos estabelecimentos prisionais como também do lado externo." (fls. 366/369).

De plano, verifica-se que o vetor da quantidade e da natureza da droga somente foi considerado na exasperação da pena-base do paciente

TRAJANO, não influindo na primeira etapa da reprimenda da paciente BRUNA, de maneira que quanto a essa há **falta de interesse de agir**.

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/03/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; HC 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016; HC 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015; HC 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014.

Entretanto, salienta-se que o entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de **1/6**, para cada circunstância judicial negativa.

O aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a

gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).*
>
> *- 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.*
>
> *- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*
>
> *Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.*
>
> *- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos*

parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

> *5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).*

Outrossim, em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n.º 11.343/2006.

Nesse sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8 KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.*
>
> *[...]*
>
> *II - O aumento da pena-base em razão da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré (cerca de 23,8 kg de cocaína) mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.*
>
> *[...]*
>
> *Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. 1.238.404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)*

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A*

EXASPERAÇÃO. REGIME FECHADO. LEGALIDADE.

[...]

3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

4. A associação para o tráfico de drogas em vultosa quantidade justifica o incremento da pena-base desse delito. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base do crime de associação para o tráfico, considerando a quantidade das drogas disseminadas (56kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1166871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, considerou a quantidade dos entorpecentes apreendidos (mais de uma tonelada de maconha e haxixe) e a culpabilidade do agente (ocultação das drogas em compartimento de ônibus, no qual era dissimulada a venda de produtos de gesso) para elevar as penas-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico na fração de 5/6, o que não se mostra desproporcional.

> *4. Habeas corpus não conhecido. (HC 437.496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018)*

Na hipótese, embora o caso trate do tráfico de substância altamente nociva - **cocaína** - a sua quantidade global - 4 porções com massa bruta total de 5,7 g (fl. 211) - é ínfima e não deve levar à fixação da pena-base acima do mínimo legal.

No mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À PENA DE 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE, SOB ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. DOSIMETRIA MANTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE.* ***NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO APTO AO AUMENTO DA PENA. QUANTIDADE ÍNFIMA. RAZOABILIDADE.OFENSA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL****. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIA E DROGA QUE, APESAR DE NOCIVA, FOI APREENDIDA EM PEQUENA QUANTIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO DEFERIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *- Na espécie, o acórdão recorrido, ao manter a pena-base aplicada pelo sentenciante, invocando, para tanto, a nocividade do entorpecente apreendido, não ofendeu o primado do non reformatio in pejus, uma vez que a situação fático-processual da paciente não foi agravada, pois mantida pena-base de 5 anos e 6 meses de reclusão. Precedentes.*
>
> *-* ***Contudo, embora válido o fundamento utilizado para a exasperação da pena-base, qual seja, a nocividade da droga apreendida (cocaína), a sua quantidade (apenas 0,4 g) não justifica o afastamento da pena-base do piso legal, motivo pelo qual fixo a sanção basilar em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, que torno definitiva, pois ausentes outras causas modificativas a serem empregadas****.*
>
> *[...]*

> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir as penas da paciente para 5 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 395.769/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 08/06/2017)*

Assim, deve a ordem ser concedida, de ofício, apenas para afastar a valoração negativa da vetorial da quantidade / natureza da droga apreendida, reduzindo-se, proporcionalmente, a pena-base do paciente TRAJANO.

Impõe-se, portanto, a exasperação, na primeira etapa da dosimetria, em apenas **1/6** sobre o mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria da pena do paciente TRAJANO, argumenta a defesa que houve a confissão qualificada, a qual deve incidir para lhe diminuir a pena, uma vez que *confessou espontaneamente a autoria do fato, embora tenha agregado elementos buscando exonerar sua responsabilidade,* ao indicar que *a acusada BRUNA transportava droga para o interior da unidade prisional para ele embora tenha alegado que ela se destinava ao consumo próprio* (fl. 15).

Conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não há incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea, quando o acusado por tráfico de drogas confessa ser usuário. A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.* ***TRÁFICO DE DROGAS. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO E AFIRMOU SER USUÁRIO DE DROGAS.*** *DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1.* ***O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, em se tratando do crime de tráfico de entorpecentes, a confissão espontânea do acusado que admite a propriedade da droga, no entanto afirma ser destinada a consumo próprio, sendo mero usuário, impossibilita o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal - CP****. Precedentes.*

> *Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 442.885/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 20/06/2018)*
>
> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES.* ***DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PESSOAL.*** *DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*
>
> *1. Sabe-se que nos casos em que a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial ou se houve retratação posterior em juízo.*
>
> *2.* ***Entretanto, in casu, não obstante o paciente tenha admitido a propriedade da droga, não reconheceu a traficância, afirmando que o estupefaciente encontrado seria para uso pessoal, sendo, portanto, insuficiente para reconhecer a incidência da referida atenuante****. Precedentes.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido. (HC 331.689/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)*

Pelo que se verifica dos autos, o paciente admitiu que a sua companheira, com a sua ciência, tentou entrar com droga no estabelecimento penal, contudo, sustentou que a substância se destinava ao consumo próprio. Em nenhum momento, foi admitida a prática do delito de tráfico, crime efetivamente comprovado na ação penal.

Portanto, o caso em tela não trata de **confissão qualificada**, mas de confissão de fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, o que impossibilita a incidência da **atenuante genérica de confissão espontânea**, prevista no art. 65, inciso III, alínea *'d'*, do Código Penal.

Na terceira fase, quanto à paciente BRUNA, a defesa argumenta que faz ela jus à aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, pois a quantidade de droga apreendida é ínfima, qual seja, **5,7 g de cocaína**.

Por fim, aduz que a paciente cumpre os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, previstos no art. 44, do Código Penal.

Como é cediço, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de **um sexto a dois terços**, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

A única circunstância concreta referida pelos julgadores para a opção pela fração intermediária de redução da reprimenda - **em 1/2** - foi a natureza da droga apreendida - **cocaína**.

Todavia, sendo, avaliada globalmente, a quantidade da substância entorpecente inexpressiva, não justifica a modulação da fração da causa de diminuição da reprimenda do tráfico privilegiado.

Em verdade, deve, na falta de parâmetros idôneos que justifiquem o maior rigor punitivo, a redutora ser aplicada na fração máxima, **de 2/3**.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA.* ***FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR MÍNIMO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 11 G (ONZE GRAMAS) DE CRACK. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 APLICADO NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO INSUFICIENTE PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DA PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA.*** *FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE ABERTO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a 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. Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte, de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação do paciente à atividade criminosa. Contudo, na espécie, apesar da natureza da droga apreendida, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado, sobretudo em razão de sua quantidade inexpressiva - 11 g (onze gramas) de crack, razão pela qual a pena-base foi readequada, sendo fixada em seu patamar mínimo.

3. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. No caso em apreço, a quantidade de entorpecente apreendida não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação da paciente à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma a ser cabível a sua aplicação na fração máxima de 2/3 (dois terços).

5. Em razão do novo quantum da reprimenda - 1 ano e 8 meses de reclusão -, fixada a pena-base no patamar mínimo e concedida a minorante em sua fração máxima, impõe-se o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 384.843/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017)

Em consequência da ilegalidade supra identificada, deve a ordem ser concedida, de ofício, para aplicar a redutora do tráfico privilegiado, na dosimetria das penas da paciente BRUNA, na fração máxima prevista em lei, de 2/3.

Assim, mantidos os demais termos da dosimetria a que se procedeu na origem, a nova reprimenda definitiva do paciente **TRAJANO GOMES DA ROCHA NETO** resulta no patamar de **3 anos, 11 meses e 19 dias de reclusão, no regime prisional inicial fechado, e 396 dias-multa, no valor unitário mínimo legal**. O regime inicial fechado justifica-se pela reincidência

do paciente e em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos dos arts. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

Já a nova reprimenda definitiva da paciente **BRUNA KRIEGER** alcança o montante de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal**.

Ademais, apenas com relação à paciente BRUNA, que é primária, o desvalor das **consequências do crime** não impede a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, que devem ser definidas pelo juiz singular, uma vez que atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Sobre o tema:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/1967. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO À CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. MANTIDA A NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO RELEVANTE AO ERÁRIO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. REGIME INICIAL SEMIABERTO MANTIDO.* ***SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *VIII - 'A análise sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito deve ter por base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, à exceção das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP' (HC n. 123.373/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 3/5/2010, grifei).*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 394.955/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 30/06/2017)*
>
> *HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E LESÕES CORPORAIS NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CRIME*

> *CULPOSO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FAVORABILIDADE. IMPOSIÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO.* ***SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS DOS DELITOS. CIRCUNSTÂNCIA NÃO ELENCADA NO INCISO III DO ART. 44 DO CP. ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.***
>
> *[...]*
>
> *2.* ***A análise sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito deve ter por base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, à exceção das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP****.*
>
> *2.* ***Encontrando-se a negativa de substituição fulcrada unicamente em circunstância não elencada no inciso III do art. 44 do CP - as consequências do delito - e verificando-se que a reprimenda básica foi estipulada no mínimo legalmente previsto para os tipos penais violados, diante da favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, devida a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, especialmente porquanto cuida-se de delito culposo****.*
>
> *3. Ordem concedida para substituir a reprimenda do paciente por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da reclusiva, esta última em dia e horários a serem definidos pelo Juízo da Execução. (HC 123.373/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)*

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

Todavia, **concedo a ordem, de ofício**, para:

a) reduzir as penas do paciente **TRAJANO GOMES DA ROCHA NETO** ao novo patamar de **3 anos, 11 meses e 19 dias de reclusão, no regime prisional inicial fechado, e 396 dias-multa, no valor unitário mínimo legal**;

b) e as da paciente **BRUNA KRIEGER** ao novo montante de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, com substituição da prisão por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator