



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 136.730 - MS (2009/0095539-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROBERTO ANSELMO FIGUEIREDO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N° 11.343/2006. INDEFERIMENTO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA REEXAME DE PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. **BIS IN IDEM**.

I - O magistrado não pode se eximir de apreciar o pleito de exame de dependência toxicológica, sob pena de cerceamento de defesa. Não está, entretanto, obrigado a deferir-lo, desde que o faça de forma motivada, notadamente se há elementos nos autos que denotam sua prescindibilidade (**Precedentes**).

II - O remédio heróico não se presta a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a alegação de que a substância entorpecente apreendida com o paciente seria para uso próprio. (**Precedentes**).

III- Na hipótese dos autos, verifica-se que o r. **decisum** objurgado apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da **culpabilidade e personalidade do agente**.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (**Precedentes**).

IV - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VI - Lado outro, há fundamentação concreta para elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange às **consequências do crime e antecedentes do agente**.

VII - Por fim, a valoração da mesma condenação transitada em julgado tanto como circunstância judicial quanto como agravante genérica da reincidência caracteriza **bis in idem**.

Ordem parcialmente concedida para que o Tribunal **a quo** redimensione a pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de novembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.730 - MS (2009/0095539-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ROBERTO ANSELMO FIGUEIREDO, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, na apelação criminal nº 2008.034690-0, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – MATERIALIDADE COMPROVADA – AUTORIA – NEGATIVA PELO RÉU – FIRMES DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – PROVAS SUFICIENTES – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO – TRAFICÂNCIA COMPROVADA – REINCIDÊNCIA – ALMEJADO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA – SENTENÇA CONDENATÓRIA ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO – IMPOSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DOS OBJETOS APREENDIDOS – RELAÇÃO COM O TRÁFICO – PERDA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Restando demonstrada a materialidade e se a autoria, não obstante negativa pelo réu, encontra-se consubstanciada nos firmes depoimentos testemunhais que comprovaram a prática da traficância, a condenação e o consequente afastamento do pedido desclassificatório são medidas que se impõe.

Se há, nos autos, comprovante de sentença condenatória anterior transitada em julgado, deve-se manter a aplicação da agravante genérica da reincidência.

Demonstrada satisfatoriamente a relação dos objetos apreendidos com o tráfico, mantém-se o decreto de seus perdimentos em favor da União." (fl. 180).

Retratam os autos que o paciente foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 950 (novecentos e cinquenta) dias-multa, por infringência ao art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006.

A defesa interpôs apelação, que foi desprovida pelo Tribunal **a quo**.

Alega o impetrante, em preliminar, que o indeferimento do pedido de exame de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dependência toxicológica no paciente constituiu cerceamento de defesa. Assevera que não restou provada a prática do crime de tráfico de entorpecente e que a pena foi fixada acima do mínimo legal sem motivação plausível.

Pede: **a)** o acolhimento da preliminar de nulidade processual, **b)** a desclassificação do delito para consumo próprio e **c)** a redução da pena aplicada.

Informações à fl. 198.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 211/217, se manifestou pelo conhecimento parcial da ordem e, nesta parte, pela sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.730 - MS (2009/0095539-9)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI Nº 11.343/2006. INDEFERIMENTO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA REEXAME DE PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. **BIS IN IDEM**.

I - O magistrado não pode se eximir de apreciar o pleito de exame de dependência toxicológica, sob pena de cerceamento de defesa. Não está, entretanto, obrigado a deferi-lo, desde que o faça de forma motivada, notadamente se há elementos nos autos que denotam sua prescindibilidade (**Precedentes**).

II - O remédio heróico não se presta a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a alegação de que a substância entorpecente apreendida com o paciente seria para uso próprio. (**Precedentes**).

III- Na hipótese dos autos, verifica-se que o r. **decisum** objurgado apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da **culpabilidade e personalidade do agente**.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (**Precedentes**).

IV - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VI - Lado outro, há fundamentação concreta para elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange às **consequências do crime e antecedentes do agente**.

VII - Por fim, a valoração da mesma condenação transitada em julgado tanto como circunstância judicial quanto como agravante genérica da reincidência caracteriza **bis in idem**.

Ordem parcialmente concedida para que o Tribunal **a quo** redimensione a pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pede: **a)** o acolhimento da preliminar de nulidade processual, **b)** a desclassificação do delito para consumo próprio e **c)** a redução da pena aplicada.

Quanto ao **tópico "a"** a súplica não merece acolhida.

O cerne da presente impetração gira em torno de suposta violação, por parte do magistrado de primeiro grau, à garantia constitucional da ampla defesa, tendo em vista o indeferimento do pedido para realização do exame de dependência toxicológica no ora paciente.

In casu, o pleito de exame toxicológico foi indeferido sob o seguinte fundamento:

"Colhido o interrogatório do réu nesta oportunidade, certifica-se que o réu não apresenta qualquer sinal a se levantar dúvida acerca de sua sanidade mental. Desse modo, a simples afirmação do réu de ser usuário de droga não traduz motivo justificado a se determinar a realização de exame de dependência toxicológica, mormente quando não se apresenta ao juízo com qualquer sinal de distúrbio mental" (fl. 89).

Observa-se, do trecho transcrito, que o indeferimento do pedido se deu em estrita observância ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, não restando caracterizada, desta forma, qualquer omissão por parte do MM. Juiz de primeiro grau quanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à análise do pleito e fundamentação do **decisum**.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que o magistrado não está obrigado a determinar a realização do exame, se nos autos estiverem presentes outros fatores, que o façam entender a sua prescindibilidade. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE A NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA.

1. Esta Corte firmou compreensão de que a convicção do magistrado sobre cada caso concreto é que determinará a necessidade de realização de exame de dependência toxicológica do réu acusado da prática de tráfico de entorpecentes.

2. Habeas corpus denegado."

(HC 14.468/PR, 6ª Turma, Rel. Min. **Paulo Gallotti**, DJU de 05/04/2004).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16 DA LEI Nº 6368/76. EXAME TOXICOLÓGICO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Não pode o magistrado se eximir de apreciar o pleito de exame toxicológico, sob pena de cerceamento de defesa. Não está, entretanto, obrigado a deferi-lo, desde que o faça de forma motivada, notadamente se há outros elementos nos autos que denotam sua prescindibilidade. (Precedentes).

Writ denegado."

(HC 25.142/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 22/03/2004).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO COM CAUSA DE AUMENTO DE PENA E USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DILIGÊNCIAS DO ARTIGO 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTIMAÇÃO DA PARTE. DESNECESSIDADE DE REITERAÇÃO EM FACE DOS AUTOS NÃO SE ENCONTRAREM NO CARTÓRIO. AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. MAGISTRADO QUE A REPELIU DE FORMA FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE.

(...).

5. Cabe ao Juiz, decidir acerca da necessidade e conveniência da realização do exame de dependência toxicológica, desde que o faça fundamentadamente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Recurso improvido.*"

(RHC 11904/SP, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJU de 06/05/02).

"RMS. CRIMINAL. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. INEXISTÊNCIA. OBRIGATORIEDADE. REALIZAÇÃO. JUIZ. CONVICÇÃO. FATOS. PRESCINDIBILIDADE.

1. *Não está o Juiz obrigado a determinar a realização de exame de dependência toxicológica, se outros elementos de convicção justificarem a sua prescindibilidade. Precedentes.*

2. *Recurso ordinário improvido."*

(RMS 12173/PR, 6ª **Turma**, Relator Min. **Fernando Gonçalves**, DJU de 02/12/2002).

"CRIMINAL. RESP. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Improcede a alegação de nulidade por ausência de exame de dependência toxicológica, pois o Julgador não está obrigado a determinar a realização do referido exame, se outros elementos de convicção vieram a justificar sua dispensa, especialmente se as provas dos autos apontaram para a prática do crime de tráfico e a suposta dependência não foi alegada pela defesa durante a instrução.

Recurso conhecido e desprovido."

(REsp 97071/MG, 5ª **Turma**, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJU de 04/02/2002).

"PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXAME TOXICOLÓGICO. NÃO REALIZAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. "HABEAS CORPUS".

1. *Cabe ao Juiz processante aferir se o acusado, preso em flagrante sob a pecha de tráfico, deve ou não ser submetido a exame toxicológico.*

2. *A mera alegação de ser o réu dependente químico não acarreta, necessariamente, a obrigatoriedade do exame, quando, para o julgador a quem cabe tal análise, os demais elementos de convicção são unânimes em afirmar o contrário.*

3. *As provas, em "Habeas Corpus", devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.*

4. *"Habeas Corpus" conhecido; pedido indeferido."*

(HC 11346/SC, 5ª **Turma**, Rel. Min. **Edson Vidigal**, DJU de 08/03/2000).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao **tópico "b"** a ordem também não merece concessão.

A análise do pedido de desclassificação da conduta imputada ao paciente envolveria o exame aprofundado do material cognitivo, sendo vedado na via eleita. De fato, no v. acórdão recorrido consignou-se que:

"A materialidade e autoria do delito restaram amplamente comprovadas pelo auto de prisão em flagrante (f. 7-8), auto de exibição e apreensão (f.19), exame preliminar de constatação (f. 21v.) e laudo de exame de substância entorpecente (f.61/64).

Atém-se das provas colhidas que, mediante denúncias, polícias militares diligenciaram até a residência do réu a fim de verificarem se, de fato, no local funcionava um ponto de venda de drogas. Ao avistarem-no, ele tentou se evadir, sendo perseguido e, posteriormente, capturado.

Pois bem. Apesar de ser de pouca monta a quantidade de entorpecentes com ele apreendidos, o intuito de mercância restou clarividente em face aos petrechos encontrados na residência (duas balanças de precisão) – usualmente utilizados para a prática do tráfico –, além da grande quantidade de aparelhos celulares (9) e dinheiro apreendidos (25 notas de R\$ 50; 27 notas de R\$ 20; 49 notas de R\$ 10; 6 notas de R\$ 5; 22 notas de R\$ 2 e 9 notas de R\$ 1), tudo sem comprovação de obtenção lícita. Houve, ainda, a apreensão de um revólver marca Taurus, calibre.38, municiado com seis cartuchos intactos.

Saliente-se que o apelante encontrava-se desempregado à época dos fatos.

Outrossim, ao tentar justificar a origem do referido montante, o acusado apresentou versão dúbia, de que seria produto de empréstimo de um primo chamado "Cristiano", versão esta que restou contestada por sua própria irmã, que, em juízo, alegou ser o dinheiro fruto de proventos de seu genitor, a fim de custear tratamento toxicológico do acusado. Por outro lado, esta não soube precisar quando e onde se daria tal tratamento.

Ademais, se o acusado fosse somente usuário de drogas, por qual razão as teria alocado em locais supostamente inadequados para tanto?

Pelo que se infere do auto de prisão em flagrante, as drogas estavam escondidas no interior de uma geladeira e dentro de uma minibíblia.

Por fim, os depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram as diligências mostraram-se firmes e contundentes, estreme de dúvidas." (fls. 182/183)

Ora, a conduta descrita se enquadra perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06. Qualquer entendimento contrário, no sentido de se reconhecer a qualidade de usuário do paciente demandaria o revolvimento de matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatória, inviável por meio de **habeas corpus**.

Corroborando este entendimento, transcrevo, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. EXCESSO DE PRAZO PARA O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL.

*I - Se o alegado excesso de prazo para o fim da instrução criminal não foi apreciado em segundo grau de jurisdição, dele não se conhece sob pena de supressão de instância (**Precedentes**).*

*II - Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de desclassificação do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente para o de uso próprio (**Precedentes**).*

(...)

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado."

(HC 86.439/MG, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 25/02/2008).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO. REEXAME DA PROVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME HEDIONDO. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA APLICADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RETROAÇÃO DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DOS REQUISITOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ORDEM DENEGADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. A desclassificação da conduta de tráfico ilegal de drogas para uso implica, necessariamente, o reexame e a valoração da prova produzida durante a instrução criminal, inviáveis na estreita via do habeas corpus.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. **Habeas corpus** denegado. Ordem concedida, de ofício, para, afastando a aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, declarado inconstitucional na sua integralidade pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecer à ré o direito ao regime inicial aberto; e para determinar ao Juízo da Execução que analise a presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como as demais condições do cumprimento da pena e sua possível substituição por restritivas de direito.

(HC 62.284/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 07/02/2008).

"PROCESSUAL PENAL - **HABEAS CORPUS** - PRISÃO EM FLAGRANTE - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO - REEXAME DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE - EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO - OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - ALEGAÇÃO PREJUDICADA - CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS - VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA - MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR - PRECEDENTES DO STF E STJ - ORDEM DENEGADA.

1. A análise da alegação de que a ora paciente é simples usuária de drogas e não traficante demandaria o reexame de matéria probatória, inviável na via do habeas corpus.

2. (...)

3. (...)

4. Ordem denegada, conforme parecer do MPF".

(HC 79.402/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 06/08/2007).

Passo, por fim, à análise do tópico "c".

Transcrevo, por oportuno, os fundamentos utilizados na individualização da pena do paciente, **in verbis**:

"Em análise às circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal atento às circunstâncias - preponderantes - elencadas pelo artigo 42 da Lei 11.343/06, a culpabilidade do réu revelou-se acentuada já que utilizava de sua própria residência como ponto de venda de entorpecente, no que revela seu firme propósito delitivo. Ademais, a consequência do crime é desfavorável ao réu, isso porque pela natureza do entorpecente comercializado - cocaína -, tem-se maior nocividade à saúde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública, por força de seu alto grau de dependência física e psíquica. Não obstante, demonstra o réu personalidade voltada ao crime porquanto o mesmo, ainda cumprindo pena no regime semi-aberto, voltou a delinquir. De outro tanto, o comportamento da vítima - a saúde pública - não favoreceu ao réu. Por fim, registra-se que o réu possui antecedentes criminais (fl. 92, inc. 001). Nada mais restando a sopesar, fixo a pena-base em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 850 (oitocentos e cinquenta) dias-multa.

Não há circunstância atenuante. Como circunstância agravante, incide ao caso a reincidência específica do réu (f. 92, inc. 002), com o que agravo a reprimenda em 01 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Não havendo qualquer causa especial de diminuição e/ou aumento de pena e nada mais restando a sopesar, torno definitiva a reprimenda para este delito em 9 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 950 (novecentos e cinquenta) dias-multa, à razão de um trigésimo do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.

Em observância ao disposto na Lei 11.347/07, que alterou a Lei 8.072/90 em seu artigo 2º, § 1º, para cumprimento da pena privativa de liberdade, fixo o regime inicialmente fechado.

Em decorrência da natureza do delito - crime hediondo -, aliado ao quantum de pena privativa de liberdade ora imposto, incabível a substituição da pena ou qualquer outra benesse processual." (fls. 127/128)

De uma leitura do trecho acima transcrito, entendo que houve violação ao **art. 59 do Código Penal** uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta** e **vinculada**. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanejar a elevação da reprimenda. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, 2ª parte da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**. É orientação do **Pretório Excelso**, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A SEIS MESES DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DE LESÃO CORPORAL. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO À MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E DE FALTA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE O BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA REPRIMENDA (CP, ART. 77). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A fixação da pena-base acima de seu mínimo legal deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apoiar-se em elementos concretos, objetivamente demonstrados, que justifiquem a exasperação, não se mostrando suficiente, para tal fim, a simples referência ao texto genérico da lei (CP, art. 59).

Neste panorama e não sendo possível aferir, nem mesmo a partir de uma análise global da motivação, os elementos considerados pelo julgador quando da majoração do castigo, é de se deferir a ordem de habeas corpus, fixando-se a pena em seu mínimo legal, eis que os elementos dos autos autorizam que se tome, desde logo, esta medida.

Não tendo ocorrido provocação formal da autoridade coatora, a respeito da concessão do sursis (CP, art. 77), não pode o Supremo Tribunal Federal apreciar a questão, pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus parcialmente deferido.

(HC 85033/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 27/05/2005).

*"**Habeas corpus**". Falta de fundamentação para a fixação da pena acima do mínimo. "**Habeas corpus**" concedido em parte para que, mantida a conclusão condenatória, voltem os autos da ação penal à primeira instância, a fim de que, fundamentadamente, se fixe a pena a ser aplicada ao paciente."*

(HC 82796/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 13/06/2003).

"Individualização da pena: motivação: inidoneidade. Não se prestam a motivar a exacerbação da pena-base nem circunstâncias elementares do tipo, nem a opinião do Juiz sobre o desvalor em abstrato da figura penal."

(HC 79949/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 04/08/2000).

E ainda: STF, HC 69419/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 28/08/92, p. 13.455; STF, HC 70250/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 03/09/93, p. 17.744; STF, HC 69141/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28/08/92, p. 13.453; STF - HC 69334/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 04/09/92 etc.

Na mesma linha tem decidido esta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal deve estar apoiada em elementos concretos que permitam a valoração negativa de, ao menos, alguma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

2. Considerações vagas, desvinculadas de dados concretos, a respeito da culpabilidade e da personalidade do agente são insuficientes para justificar a elevação da pena além do mínimo legal.

3. Somente devem ser consideradas como maus antecedentes criminais condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configuram reincidência. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas.

4. A ausência de proporcionalidade entre a fundamentação e a reprimenda imposta implica constrangimento ilegal sanável pela via eleita, porquanto, da mera leitura dos autos, verifica-se inequívoca ofensa aos critérios legais (art. 59 do Código Penal) que regem a dosimetria da resposta penal.

5. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença impugnados no tocante à dosimetria da pena e, assim, redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, bem como determinar ao Juízo das Execuções Penais que aplique a pena restritiva de direitos e imponha as condições de seu cumprimento, como de direito".

(HC 65968/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 12/03/2007).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12, § 1º, II, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICO). SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME. PROGRESSÃO. POSSIBILIDADE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados. (**Precedentes**).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base. (Precedentes).

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

Writ concedido.

Habeas corpus concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime."

(HC 64663/RJ, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 26/02/2007).

"PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS CONCRETOS NÃO-APONTADOS. ART. 59 E 68 CP. MÉTODO TRIFÁSICO. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

Ao fixar a pena, mister a observância, pelo magistrado, do procedimento estabelecido no art. 59 e art. 68 do Código Penal, em consonância com os dispositivos constitucionais, mormente a garantia fundamental insculpida no art. 93, IX da Carta Política, que estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

O édito constritivo de liberdade deve ser concretamente fundamentado, com a exposição dos elementos reais e justificadores de que a pena-base aplicada no mínimo legal se mostra insuficiente ante os fatos expostos no processo.

A reincidência é circunstância agravante que deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, e não na pena-base.

O quantum referente à aplicação de causa de aumento de pena - associação eventual para o tráfico - deve vir explicitado e embasado, sob pena de nulidade.

Ordem concedida."

(HC 33200/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Paulo Medina**, DJU de 26/02/2007).

"CRIMINAL. **HC**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DA PENA. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE COMUM A TODOS. NULIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I. A análise genérica das circunstâncias judiciais, englobando todos os acusados no mesmo contexto, torna insanável o vício na aplicação da pena, mormente no caso dos autos, em que a pena-base foi fixada em patamar superior ao mínimo legal.

II. A individualização da reprimenda exige a aferição aprofundada da conduta praticada e das condições pessoais de cada um dos acusados, pautando-se pela análise individualizada das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

III. Deve ser cassado o acórdão atacado, bem como a sentença proferida pelo Juiz monocrático, apenas na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida, com nova e adequada fundamentação no que diz respeito à pena-base.

IV. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC 53539/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 05/02/2007).

Ora, por análise dos autos, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da **culpabilidade e personalidade** do agente.

Em relação à culpabilidade foi consignado que "*revelou-se acentuada já que utilizava de sua própria residência como ponto de venda de entorpecente*". Tal circunstância, por si só, não é apta a supedanear uma maior reprovação do crime e do seu autor no caso concreto.

Lado outro, é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo - não sendo, portanto, expert) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO.

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

II - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedente)."

Recurso especial desprovido.

*(REsp 745530/RS, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 12/06/2006).*

*"PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO E ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTES. SÚMULA Nº 231/STJ.*

I - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

III - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP a rejeição de sua incidência sob pretexto de bis in idem, concretamente inócurre (Precedentes).

IV - Não se admite a continuidade delitiva entre os crimes de receptação e roubo majorado, uma vez que, apesar de estarem inseridos no rol dos crimes contra o patrimônio, são de espécies diferentes, o que afasta a aplicação do art. 71, caput, do Código Penal (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

V - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ).

Recurso parcialmente provido"

*(REsp 732857/RS, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 12/12/2005).*

Destarte, foi trazida fundamentação concreta para elevar a pena-base no que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tange às conseqüências do crime e antecedentes do agente.

As conseqüências do crime foram desfavoráveis ao réu, pois *"a natureza do entorpecente comercializado - cocaína -, tem-se maior nocividade à saúde pública, por força de seu alto grau de dependência física e psíquica."* A fundamentação exposta vai ao encontro do art. 42, da Lei 11.343/2006, pois nos crimes de tráfico devem ser consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, nestes delitos, tais fatores são relevantes para a fixação da reprimenda.

Finalmente, nenhum reparo merece ser feito quanto ao aumento da pena-base com fulcro nos maus antecedentes do agente. O magistrado consignou que a anotação de *"fl. 92, inc. 001"* fundamentaria tal elevação. Cotejando-se a folha de antecedentes de fl. 102 verifica-se que tal registro diz respeito à condenação transitada em julgada, em 17/09/2002, pela prática do crime de roubo majorado.

Assim, conclui-se que **não existem argumentos suficientes aptos a justificarem, no caso, a elevação da pena-base com base na culpabilidade e personalidade do agente.** Entretanto, a pena ainda deve permanecer acima do mínimo legal em razão do desfavorecimento das conseqüências do crime e antecedentes do agente.

A nulidade é manifesta, absoluta, e deve ser sanada, para que o Tribunal **a quo** estabeleça nova pena-base considerando desfavoráveis somente as **conseqüências do crime e antecedentes do agente.**

A segunda fase da dosimetria também merece reparo.

O Tribunal de origem assim consignou:

"Do pedido de afastamento da agravante da reincidência:

Aduz a defesa que não consta, na certidão referida pelo magistrado sentenciante, data do trânsito em julgado da decisão condenatória que ensejou a aplicação da agravante da reincidência.

Pois bem. Muito embora não conste, na incidência n. 002, da pág. n. 92, data em que transitou em julgado a referida decisão, em adstrita verificação à mesma folha de antecedentes criminais (incidência 001), denota-se que o acusado possui outra condenação anterior, transitada em julgado em 17 de setembro de 2002, por roubo duplamente circunstanciado, cuja pena restou fixada em 9 anos de reclusão e 105 dias-multa.

Assim sendo, por estarem preenchidos todos os requisitos necessários à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua aplicação, mantenho a agravante da reincidência"

Ora, na espécie, verifica-se que o v. acórdão objurgado apresenta vício em sua fundamentação porquanto a condenação anterior indicada, transitada em julgado em 17/09/2002, por roubo majorado, já foi valorada, na primeira fase da dosimetria, como maus antecedentes. Considerar o mesmo registro para agravar a pena, agora em razão da reincidência, caracterizaria **bis in idem**.

Assim, **a nulidade deve ser sanada, para que o aumento operado em razão da reincidência seja afastado.**

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para determinar que o Tribunal **a quo** redimensione a pena nos moldes acima delineados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0095539-9

HC 136730 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080346900 21080030743

EM MESA

JULGADO: 03/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROBERTO ANSELMO FIGUEIREDO (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de novembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário