



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.080 - MS (2009/0090299-3)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIZABETH FÁTIMA COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIS GUSTAVO BATISTA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO DA PENA EM UM TERÇO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, as penas referentes ao crime de tráfico de drogas – vedada a conversão em penas restritivas de direitos – poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. No caso, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de 1/3 (um terço), considerando a grande quantidade de entorpecentes apreendidos – 300 (trezentos) gramas de cocaína. Assim, não há falar em constrangimento ilegal.

3. Alusões à gravidade do delito em tela e aos elementos inerentes ao tipo penal não constituem fundamentação idônea à majoração da reprimenda.

4. A grande quantidade de entorpecentes apreendida autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo previsto em lei, mas a majoração dessa mesma pena em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses mostra-se exagerada, justificando seu redimensionamento.

5. Ordem parcialmente concedida para excluir da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.080 - MS (2009/0090299-3)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de Luís Gustavo Batista dos Santos contra acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que proveu em parte a apelação ali interposta, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS A LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO - NÃO OCORRÊNCIA - CONFISSÃO DO APELANTE QUE USARIA PARTE DA DROGA E VENDERIA O REMANESCENTE - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE E APLICAÇÃO DA BENESSE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 EM SEU PATAMAR MÁXIMO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS QUE NÃO AUTORIZAM - NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA - RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O CELULAR APREENDIDO ERA PRODUTO DO CRIME OU UTILIZADO PARA A TRAFICÂNCIA - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Não há falar em ausência de provas a lastrear o édito condenatório quando o depoimento do recorrente afirma que consumiria parte da droga apreendida e venderia a parte restante, ficando demonstrada a traficância.

Em que pese ao apelante não possuir nenhum antecedente criminal que seja, a grande quantidade de droga (300 g de cocaína), dado o elevado grau viciante por sua própria natureza, torna mais gravoso o crime e, a isso, some-se a destreza do apelante que se deslocou de outro estado da federação para vir buscar droga no estado vizinho, demonstrando o firme propósito na traficância, não havendo falar em redução da pena-base tampouco na aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo, uma vez que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, restando devidamente atendida a proporcionalidade que o caso requer.

Se não foi comprovado nos autos que o bem apreendido foi utilizado para o tráfico, deve ser restituído ao recorrente. (fl. 123).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais 600 (seiscentos) dias-multa.

Irresignada a defesa interpôs apelação pleiteando a absolvição do réu e, subsidiariamente, a redução da pena base no mínimo legal e aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Como dito, o recurso foi parcialmente provido apenas para determinar apenas a restituição de um aparelho celular apreendido.

Daí o presente *writ* que alega, em resumo:

- a fixação da pena base dois anos acima do mínimo legal foi exacerbada, pois se fundou exclusivamente nas consequências e circunstâncias do crime e culpabilidade, já consideradas pelo legislador no tipo penal (art. 33 da Lei 11.343/06) e conseqüentemente, não servem para elevar a reprimenda;

- as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis ao paciente, bem como preenche todos os requisitos necessários para a concessão da diminuição da pena em grau máximo.

Liminar indeferida à fl. 117.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.080 - MS (2009/0090299-3)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que as disposições benignas contidas na Lei nº 11.343/06, incluindo o disposto no seu art. 33, § 4º, se aplicam aos crimes cometidos na vigência da Lei nº 6.368/76, nas hipóteses em que o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

Na hipótese, verifica-se que o Juiz sentenciante, ao aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não utilizou o redutor em seu patamar máximo, "dadas as circunstâncias judiciais analisadas e desfavoráveis ao réu" (fl. 75).

O Tribunal, por sua vez, manteve a sentença recorrida, nos seguintes termos:

Quanto à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, verifico, à f. 107, que o juiz sentenciante, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis já mencionadas, promoveu uma redução no patamar de 1/3, que considero atender à proporcionalidade que a situação requer, haja vista se tratar de 300 g de cocaína destinada à comercialização, que como é sabido, é vendido por grama. (fl. 114).

A quantidade de droga apreendida – 300 gramas de cocaína – é circunstância impeditiva da diminuição da reprimenda em fração maior. Tal entendimento coaduna-se com a orientação assente nesta Corte.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. No crime de tráfico de drogas, a quantidade do entorpecente deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerada na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei 6.368/76, que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esse fundamento apresenta-se válido para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes do STJ.

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar à atividade criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada. (HC 113005 / SP, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 01/12/2008).

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 23.06.05. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO. PRISÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (APROXIMADAMENTE 1 KG DE COCAÍNA E CRACK). MANUTENÇÃO DA PRISÃO APÓS O ÉDITO CONDENATÓRIO. EFEITO DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. ORDEM DENEGADA.

I. Na hipótese, ao contrário do que afirma a impetração, a denúncia, como ofertada nos presentes autos, atende aos requisitos legais, relatando de forma clara e objetiva a conduta de cada um dos denunciados, as circunstâncias do crime e suas conseqüências.

II. A superveniência de sentença penal condenatória, proferida em 30.10.07, torna sem objeto o Habeas Corpus impetrado com objetivo de se reconhecer excesso de prazo na formação da culpa.

III. Na hipótese, o fato de o paciente ostentar maus antecedentes, bem como a grande quantidade e a **variedade** da droga apreendida (aproximadamente 1 kg de cocaína e crack), são suficientes para justificar a segregação cautelar, para garantia da ordem pública. Ademais, proferida a sentença, a manutenção do réu na prisão é mera conseqüência da condenação. Precedentes do STJ.

IV. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 91661/SP, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

24.11.2008).

No que se refere à fixação da pena-base, recupero as palavras do Magistrado de primeiro grau ao efetuar a dosimetria da pena (fl. 75):

Em análise às circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do CP, diante da natureza do entorpecente apreendido - cocaína -, revela-se como consequência do crime, maior nocividade à saúde pública dado o seu alto grau de dependência física e psíquica. Pela grande quantidade de entorpecente apreendido, 300 (trezentos) gramas, demonstra circunstância do crime mais grave já que possibilitaria o consumo a considerável número de vítimas potenciais. Demonstrou o réu culpabilidade acentuada, já que se deslocou de distante cidade de Araçatuba/SP até Três Lagoas, com o objetivo prévio de adquirir entorpecente para o comércio, revelando dessa forma seu firme propósito delitivo. Assim, fixo a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

O Tribunal de origem manteve a sentença, nos seguintes termos:

Dessa forma, em que pese o apelante não possuir nenhum antecedente criminal que seja, f. 78/84, como bem pontuado pelo magistrado singular, a grande quantidade de droga (300 g de cocaína), dado o elevado grau viciante da cocaína por sua própria natureza, torna mais gravoso o crime.

A isso, soma-se o risco que o apelante assumiu ao se deslocar de Araçatuba- SP, para vir buscar droga nesse estado para levá-lo para outro estado da federação, demonstrando o firme propósito na traficância. (fl. 114).

Da leitura dos trechos acima transcritos, constata-se que, para exasperar a pena acima do patamar mínimo, o Magistrado se valeu de circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal – tais como fomento do vício e ofensa à saúde pública –, da gravidade abstrata do delito e da grande quantidade de entorpecente.

Com efeito, fazer alusão à gravidade do delito em tela e aos elementos inerentes ao tipo penal não constitui fundamentação idônea à majoração da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

1. Para a majoração da pena-base é necessário que se explicita, de modo concreto, os fatos que dão azo à incidência das circunstâncias judiciais. 2. Os elementos inerentes à conduta típica não podem ser considerados para se valorar negativamente as circunstâncias do delito." (HC-54.616/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza, DJ e de 19.5.08)

2. Observa-se, da leitura da sentença penal condenatória, a inidoneidade de parte da motivação apresentada pelo julgador, ao exercer o juízo de convicção, tendo em vista a indicação de razões inválidas para a consideração de determinadas circunstâncias (no caso, motivos e conseqüências do crime) como desfavoráveis aos réus, na medida em que constituem questões inerentes ao tipo penal. (HC-56.874/MS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 17.12.07)

Substâncias entorpecentes (tráfico ilícito). Pena (cálculo). Pena-base (fundamentação – falta). Execução (forma progressiva). Sentido e limites da pena privativa de liberdade. 1. A sentença há de ter fundamentação suficiente quando do cálculo da pena, não sendo bastante no cálculo da pena-base a consideração das circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal. (HC-39.946/SC, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 5.6.06) 2. A aplicação da pena-base acima do patamar mínimo exige fundamentação concreta quanto às circunstâncias tidas por desfavoráveis. 3. Os elementos inerentes ao tipo penal não podem ser utilizados para se valorar negativamente as circunstâncias judiciais." (HC-50.404/PE, de minha relatoria, DJ 17.8.09)

Resta a grande quantidade de entorpecentes apreendida que, nos termos da jurisprudência desta Corte, autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo fixado em lei.

A esse respeito, confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (Precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

III - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida (no caso, 1,6kg de substância entorpecente haxixe e 15kg de maconha) é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes do STJ e do STF).

.....
Ordem denegada

(HC 137.809/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 7/12/09)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. VEDAÇÃO À RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1 - Inexiste constrangimento na fixação da pena-base acima do mínimo legal, se desfavoráveis as circunstâncias judiciais, notadamente diante da elevada quantidade de droga apreendida.

2 - A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 94.051/DF, firmou o entendimento de ser possível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

3 - A Lei nº 11.464/2007, que alterou o requisito objetivo exigido para a concessão do benefício, não pode ser aplicada, no ponto prejudicial, àqueles delitos cometidos anteriormente à sua vigência, em razão da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

4 - Habeas corpus parcialmente concedido.

(HC 121.681/MS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 30/3/09)

A pretendida redução da pena-base ao mínimo legal não é possível. No entanto, a fixação dessa mesma pena em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses acima do mínimo previsto mostra-se exagerada.

Afinal, apenas a quantidade de droga apreendida servirá como fundamento para exasperar a reprimenda.

Assim, impõe-se sejam as penas redimensionadas, o que passo a fazer desde já: considerando a quantidade de entorpecentes apreendida, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda etapa, não há agravantes, mas existe a atenuante da confissão espontânea, o que conduz à redução em 6 (seis) meses de reclusão e 50



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cinquenta) dias-multa.

Na terceira etapa, em razão da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, reduzo-as em 1/3 (um terço), alcançando o montante de 4 (quatro) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Tendo em vista que o crime foi cometido já na vigência das Leis nº 11.343/06 e 11.464/07, deve-se manter o estabelecimento do regime fechado para o início de cumprimento da privativa de liberdade.

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem para, excluindo da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas, reduzir as penas a 4 (quatro) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor mínimo legal. Fica mantido o regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0090299-3
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 20090032413 21080000348

HC 136080 / MS

EM MESA

JULGADO: 04/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIZABETH FÁTIMA COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIS GUSTAVO BATISTA DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 04 de fevereiro de 2010

RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)
Secretário