



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.756 - RS (2010/0028425-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
ADVOGADO : TIAGO KÖRBES - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PACIENTE : EDIMARA XAVIER (PRESO)  
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base baseando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Não se conhece de matéria que não foi objeto de decisão da Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição.

4. Ordem conhecida, em parte e, nesta extensão, concedida, parcialmente, para afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis e determinar que a pena-base seja fixada no mínimo legal.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011(Data do Julgamento)



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.756 - RS (2010/0028425-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
ADVOGADO : TIAGO KÖRBES - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PACIENTE : EDIMARA XAVIER (PRESO)  
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de EDIMARA XAVIER, ao argumento que ela sofre constrangimento ilegal porque o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo, no qual se pleiteava sua absolvição, em face da ausência de provas. Subsidiariamente, a desclassificação da conduta para consumo, o redimensionamento da pena-base e o afastamento da sanção pecuniária que lhe foi imputada.

Notícia que, em 03.10.07, a paciente foi presa em flagrante, juntamente com o outro denunciado, em comunhão de esforços, transportando, para fins de comércio, 9,67g (nove gramas e sessenta e sete miligramas) de *crack* e 22,68g (vinte e dois gramas e sessenta e oito miligramas) de cocaína, o que resultou em sua condenação pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo-lhe cominada a pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Aduz a ilustrada Defensoria Pública que o constrangimento ilegal deve ser desconstituído, pois a decisão que determinou a condenação da paciente aplicou a pena-base acima do mínimo legal, valendo-se de fundamentação lacônica. Além disso, a negativa de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11343/06, desprezou as circunstâncias de ela ser primária, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização do gênero.

Postula a concessão da medida *inaudita altera pars*, de modo a reduzir ao mínimo legal a pena-base à qual foi condenada a paciente, bem como a aplicação da aludida causa de diminuição de pena, adequando a dosimetria e confirmando-a, no mérito.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O Exmo. Sr. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA indeferiu o pedido liminar (fl. 94)

Informações prestadas (fls. 103/143)

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 147/149).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.756 - RS (2010/0028425-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/RJ)  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL  
ADVOGADO : TIAGO KÖRBES - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL  
PACIENTE : EDIMARA XAVIER (PRESO)  
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA  
UNIÃO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente.
2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base apoiando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de alicerce objetivo para justificar a exasperação.
3. Não se conhece de matéria que não foi objeto de decisão da Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição.
4. Ordem conhecida, em parte e, nesta extensão, concedida, parcialmente, para afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis e determinar que a pena-base seja fixada no mínimo legal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.756 - RS (2010/0028425-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
ADVOGADO : TIAGO KÖRBES - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PACIENTE : EDIMARA XAVIER (PRESO)  
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

O objeto deste *mandamus* refere-se ao pleito pela diminuição da pena imposta à paciente.

No que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59, do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para as reprovação e prevenção do delito denunciado.

Consignou o Juízo *a quo* que a fixação da pena-base, no *quantum* acima do mínimo legal, foi lastreada pelo fato de a paciente apresentar circunstâncias judiciais desfavoráveis. Confira-se.

*"A culpabilidade restou bem definida, eis que havia plena consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. Nada consta sobre antecedentes, personalidade e conduta soral da ré. Motivos e circunstâncias inerentes ao tipo penal. As conseqüências são graves, pois entendo que o tráfico de drogas é delito propulsor de criminalidade e violência. Não há que se falar em participação da vítima 'este tipo de delito.*

*Desta forma, com base nas operadores do artigo 59, do Código Penal acima analisadas, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Não incidindo circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, a pena provisória vai fixada no mesmo patamar.*

*Na ausência de causas de aumento ou diminuição, torno a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão". (fls. 46)*

Desta forma, não se pode admitir que a droga apreendida represente grande quantidade (9,67g, nove gramas e sessenta e sete miligramas de crack e 22,68g, vinte e dois gramas e sessenta e oito miligramas de cocaína), nem que existam requisitos desfavoráveis para a exasperação da pena-base.

Com efeito, o Juízo *a quo* limitou-se a ressaltar a intensidade da culpabilidade e da reprovabilidade, sem, contudo, indicar os elementos concretos que respaldaram, suficientemente, a formação do seu convencimento.

No que tange à consideração da culpabilidade, enquanto circunstância judicial negativa, o Juízo sentenciante, novamente, restringiu-se a afirmar que a desfavorabilidade dessa circunstância à ré adviria de "sua plena consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa". Não fez a autoridade julgadora qualquer menção a fato concreto que servisse como base às conclusões acerca da referida circunstância judicial, sublinhando, apenas, elementos presentes no próprio conceito do delito.

Igualmente, ao fundamentar a desfavorabilidade da circunstância "consequências do crime", o magistrado, genericamente, dispôs que "as consequências são graves, pois entendo que o tráfico de drogas é delito propulsor de criminalidade e violência".

Portanto, as hipóteses que apoiaram o *decisum* condenatório divergem das orientações dos Tribunais Superiores quando entendem que a exasperação da pena-base, com suporte nos elementos dispostos no art. 59, do Código Penal, deve ser lastreada em elementos concretos, diversos das elementares do delito.

Neste sentido, confira-se.

*HABEAS CORPUS. ART. 129, § 1.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL. REGIME PRISIONAL ABERTO. SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL DECLARADA DE OFÍCIO.*

*1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.*

*2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.*

*3. "A valoração negativa da culpabilidade não se mostra idônea, porque o fato de o paciente ter tido intenso dolo no momento da prática do crime não serve para elevar a pena-base como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, por se referir à própria tipicidade do delito" (HC 161.389/PE, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 02/08/2010).*

*4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecida a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu primário e possuidor de bons antecedentes, não é possível o estabelecimento de regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.<sup>o</sup> e 3.<sup>o</sup>, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência da Súmula n.<sup>o</sup> 440 desta Corte.*

*5. Com a redução da pena do Paciente para 01 ano de reclusão, mostra-se imperiosa a declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal, porque transcorrido o lapso temporal superior a 04 anos entre a data do recebimento da denúncia (anterior a 02/12/2004) e a sentença condenatória (23/07/2009).*

*6. Ordem concedida para, reformando a sentença condenatória e o acórdão combatido, reduzir a pena do Paciente para 01 ano de reclusão e, por conseguinte, declarar, de ofício, extinta a punibilidade estatal pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.*

*(HC 201.591/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 15/08/2011)*

De igual modo, demais julgados: HC 153.391/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011; HC 196.481/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em face dos motivos articulados e na esteira dos recentes julgados deste Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça, vislumbro o constrangimento ilegal apontado.

No que concerne ao pleito pela aplicação da causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, a questão não foi apreciada na instância ordinária, tampouco apresentado recurso, na origem, para fins de prequestionamento.

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo, de maneira uniforme, que a irresignação não submetida à instância *a quo* torna inviável o seu conhecimento, em sede de *writ* impetrado perante a Excelsa Corte, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: TESE NÃO DEBATIDA NA INSTÂNCIA ANTERIOR. COMPATIBILIDADE ENTRE O PRIVILÉGIO E A QUALIFICADORA DO CRIME DE FURTO: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, CONCEDIDO.*

*1. Se a alegação da eventual incidência do princípio da insignificância não foi submetida às instâncias antecedentes, não cabe ao Supremo Tribunal delas conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância.*

*2. As causas especiais de diminuição (privilégio) são compatíveis com as de aumento (qualificadora) de pena previstas, respectivamente, nos parágrafos 2º e 4º do artigo 155 do Código Penal. Precedentes.*

*3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido.*

*(HC 100307, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-106 DIVULG 02-06-2011 PUBLIC 03-06-2011 EMENT VOL-02536-01 PP-00119)*

Releva notar que, em harmonia com a orientação da Corte Suprema, as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça vêm exarando, em seus julgados, a compreensão de que a tese apresentada pela impetrante, sem a devida apreciação pela autoridade apontada como coatora, torna incompetente este Sodalício para examinar a aludida alegação, diante da indevida supressão de instância.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em conformidade, o seguinte precedente:

*HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2.º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). APELAÇÃO CRIMINAL EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. MATÉRIA NÃO LEVADA AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*

*1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que "contra decisões proferidas em recurso de devolução integral da causa - a exemplo do que sucede na apelação -, o cabimento do habeas corpus para a instância superposta independe de que o seu fundamento tenha sido expressamente suscitado ou repelido" (HC 71.818/BA, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 23/4/07), em razão da ampla devolutividade do recurso de apelação.*

*2. Na espécie, tratou-se de apelação exclusivamente ministerial, o que significa que a matéria devolvida à análise da Corte de origem foi aquela levantada pelo Parquet. Evidentemente, não se olvida a possibilidade da Corte a quo, de ofício, conceder habeas corpus em benefício do réu. Todavia, o Impetrante ainda pode ajuizar este mesmo remédio constitucional perante a Corte estadual, que poderá analisar a questão.*

*3. Não há como ser conhecida a impetração, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça (art. 105, II, alínea a, da Constituição Federal) para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.*

*4. Ordem não conhecida.*

*(HC 181.342/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)*

De idêntico teor: HC 185.856/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011; HC 164.785/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 08/06/2011

Portanto, a ausência de manifestação nas vias ordinárias torna o presente *writ* deficiente pela carência de pressuposto específico de admissibilidade. Ainda que se trate de questão surgida no julgamento do primeiro grau, é indispensável o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prequestionamento quando devolvida a tese para a instância superior, de acordo com a orientação desta Corte.

Nestes termos, diante da competência constitucional deste Sodalício, impossível a análise dos argumentos ora trazidos, em face da não provocação do Tribunal *a quo*, quer pela ausência de debates, quer pelo indeferimento do remédio heroico na origem.

Desta forma, decido que a pena-base deve ser fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em conformidade com o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, c/c 59, do Código Penal (primeira fase), não havendo circunstâncias agravantes nem causas de aumento de pena, ambas reconhecidas nas instâncias inferiores. Assim, torno definitiva a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, cumulada com o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo os demais termos do *decisum* ora reformado.

Diante do exposto, conheço, em parte, do *habeas corpus* e concedo, parcialmente, a ordem, para afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis e determinar que a pena-base seja fixada no mínimo legal.

Comunique-se ao Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Relator do HC 109.559, o inteiro teor do julgamento do presente *mandamus*.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0028425-0

**HC 162.756 / RS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20700033962      70027383009      720700033962

EM MESA

JULGADO: 27/09/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
ADVOGADO : TIAGO KÖRBES - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PACIENTE : EDIMARA XAVIER (PRESO)  
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

#### **CERTIDÃO**

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

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

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.