



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.675 - ES (2011/0253502-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : SIMÃO BERNARDINO DA SILVA NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Em se tratando do crime de tráfico ilícito de drogas, é possível a aplicação da pena-base acima do mínimo, considerando-se a quantidade e natureza da droga apreendida.
2. Justifica-se a inaplicabilidade do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a dedicação a atividades criminosas.
3. Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, se levados em consideração a quantidade e a natureza da droga, bem como a dedicação a atividades criminosas.
4. Ordem denegada.

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 maioria, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão, vencido o Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior as Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 12 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator p/ acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.675 - ES (2011/0253502-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Simão Bernardino da Silva Neto, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Consta dos autos que o ora paciente, foi condenado pela prática do crime previsto nos arts. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, porque portava 28,9 g (vinte e oito gramas e nove decigramas) de cocaína, distribuídos em 33 (trinta e três) papелotes.

Irresignada, apelou a defesa. Ao feito foi negado provimento.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em resumo, constrangimento ilegal na sentença, confirmada pelo Tribunal **a quo**, que não teria efetuado corretamente a dosimetria da pena, além de impor ao paciente um regime mais gravoso do que seria cabível.

Afirma que o Magistrado deixou de fundamentar a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, valendo-se de referências vagas e dados não explicitados.

Alega, ainda, que o Tribunal deixou de aplicar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 de forma equivocada, pois não haveria nos autos certidão que comprovasse a dedicação do paciente a atividades criminosas (e-fl. 10).

Por fim, afirma que entendimento recente do Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei de Drogas, permitindo a substituição da pena corporal.

Requer, a redução da pena-base ao mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de redução da pena em seu grau máximo, a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à e-fl. 48.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-fls. 53/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.675 - ES (2011/0253502-8)

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Para possibilitar melhor compreensão do caso em análise, extraio da sentença condenatória o seguinte trecho, **in verbis**:

Curvando-me às disposições do artigo 59 do código Penal, verifico que a culpabilidade restou comprovada, merecendo reprovação; há nos autos registro de antecedentes criminais, conforme andamento processual que ora faço juntar aos autos, já tendo sido o acusado previamente condenado perante este Juízo pela prática do crime de tráfico de drogas; conduta social não referenciada; personalidade de homem comum; os motivos do crime não favorecem o réu, vez que o que impulsiona a prática do crime de tráfico é o lucro fácil; as circunstâncias concretas pesam em seu desfavor; as consequências do crime não foram graves, ante a pronta atuação policial; o comportamento da vítima, em sendo a sociedade, não se aplica; a situação econômica do réu não é boa.

Analizando as circunstâncias judiciais, com preponderância da natureza e quantidade de droga apreendida, além da personalidade e conduta social do réu, nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei n.º 11.343/06, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime.

Não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Não vislumbro a possibilidade de aplicar em prol do réu a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, vez que SIMÃO BERNARDINO DA SILVA NETO não possui bons antecedentes, como já fundamentado, não preenchendo os requisitos objetivos para a concessão da benesse, razão pela qual, não havendo outras causas de diminuição e nem de aumento de pena a serem sopesadas, torno a pena anteriormente fixada como definitiva.

O regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado, na forma disposta no artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes hediondos, com redação determinada pela Lei n.º 11.464/07).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando que o acusado se encontra em liberdade neste processo, não existindo, neste momento, qualquer elemento concreto que indique a estrita necessidade da decretação de sua prisão preventiva, concedo-lhe o direito de apelar em liberdade. (e-fl. 29).

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Na espécie, verifica-se que foram variados os fundamentos utilizados para estabelecer a pena-base acima do mínimo legal, preponderando a quantidade de entorpecentes apreendidos.

Insta ressaltar que a reconhecida presença de maus antecedentes foi, posteriormente, afastada pela Corte de origem, a qual optou por manter a pena-base nos seguintes termos, **in verbis**:

No caso em comento, em que pese não ser possível considerar as ações penais em curso para macular os antecedentes criminais do acusado, consoante determina a súmula 444 do STJ, o pequeno aumento da pena-base se justifica pela quantidade significativa de droga apreendida (33 papérolas de cocaína) e sua natureza nociva, a qual possui elevado poder de dependência química/física. (e-fl. 40)

Dito isto, é importante ressaltar que a natureza e a quantidade da droga apreendida, além de seu preparo para comercialização, são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, e justificam seu aumento acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESES NÃO APRECIADAS PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4, DA LEI N. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO DE REDUTOR EM 1/6 (UM SEXTO). ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA EXTENSÃO DENEGADA.

.....
2. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Na hipótese em apreço, não se verifica qualquer ilegalidade **ictu oculi**, uma vez que a reprimenda inicial fora fixada em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber: a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime. Ademais, a natureza e a quantidade de droga apreendida - 1.010 g (mil e dez gramas) de cocaína - constitui móvel idôneo a elevar a reprimenda inicial, haja vista a preponderância da natureza, da quantidade da substância entorpecente, da personalidade e da conduta social do agente sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

.....
4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.
(HC 214.123/AC, Relator Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, DJe 19.12.2011)

Assim, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base fora mantida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em **habeas corpus**, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

É da nossa jurisprudência:

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso destacar que, ao contrário do que sustentado pela impetrante, não existe fração a ser observada pelo togado sentenciante no momento de elevar a reprimenda básica do acusado, exigindo-se apenas que haja fundamentação concreta sobre cada uma das circunstâncias judiciais utilizadas para agravar a sanção, tal como se deu na espécie.

(HC nº 138.719/ES, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 26/9/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO ATIVA. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONFISSÃO.

*1. Proceder à análise da alegação de desacerto da sentença condenatória, em razão da insuficiência das provas coligidas durante a instrução criminal, implicaria a discussão da justiça da condenação e demandaria dilação probatória, inviável na via célere de **habeas corpus**.*

2. A fixação da pena-base do Paciente acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis - quantidade e qualidade do entorpecente apreendido (895 gramas de crack), antecedentes do Paciente e conduta social, consubstanciada na dedicação exclusiva ao mundo do crime -, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

3. Considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal, não há como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois essa instância especial não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.
(HC 151.641/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe 21.11.2011)

Do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO LIMITE MÍNIMO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LIMITES COGNITIVOS DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. A constatação de que parte das circunstâncias judiciais é desfavorável ao condenado respalda a fixação da pena-base acima do mínimo legal. *Precedente.*

2. O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR) exige que o Magistrado confira ao delito sanção condizente aos seus contornos objetivos e subjetivos, evitando se dispense a casos diferentes o mesmo tratamento penal.

3. A denúncia por homicídio simples não inibe o Juiz Presidente de se debruçar sobre a prova produzida, para o fim de extrair elementos necessários ao exame de todas as circunstâncias listadas no art. 59 do Código Penal, inclusive no tocante à culpabilidade, aos motivos e à dinâmica dos acontecimentos.

4. **O reconhecimento da incorreção da aplicação da pena, quando não se trata de manifesta ilegalidade ou de indiscutível abuso do critério da discricionariedade, reclama percuente exame da prova, atividade incompatível com os limites tímidos e documentais do habeas corpus. *Precedente.***

5. *Ordem denegada.*

(HC n.º 107.501/GO, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 19/5/2011)

A suposta ausência de bons antecedentes também foi utilizada para afastar a causa especial de diminuição da pena.

O Tribunal, mesmo reconhecendo que ações penais em curso não poderiam macular os antecedentes do acusado, manteve o fundamento, acrescentando que: "os documentos juntados às fls. 45 e 188/190, retirados dos sistemas de consulta deste Egrégio Tribunal, demonstram a existência de processos criminais em que o acusado figura como réu, o que corrobora a sua efetiva dedicação ao mundo do crime, como dito pelo próprio em seu interrogatório, confessando já ter sido preso e processado por outros delitos, dentre eles o odioso crime de tráfico de entorpecentes."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-fl. 40).

O argumento não se sustenta.

As ações penais em andamento realmente não podem ser utilizadas para justificar a exasperação da reprimenda a título de maus antecedentes, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula n.º 444 desta Corte.

Com efeito, segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Atendidos tais requisitos, cabível a aplicação da benesse e o consequente redimensionamento da pena, que passo a fazer desde já. Considerando a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantenho a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime.

Não há circunstâncias agravantes e nem atenuantes.

Sem causas de aumento. Aplicando a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar de 1/2 (metade), em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, torno a pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 300 (trezentos) dias-multa.

Quanto ao regime prisional, o recente entendimento desta Corte se firma no sentido de que a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal (Precedentes: Habeas Corpus n.º 130.113/SC, Relator Ministro Nilson Naves; Habeas Corpus n.º 154.570/RS, Relatora Ministra Maria Thereza; e Habeas Corpus n.º 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi).

No caso, apesar do reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, entendo que a quantidade de entorpecentes, que serviu inclusive para justificar o aumento da pena-base acima do mínimo legal, recomenda o estabelecimento do regime fechado para o início da expiação.

Pelas mesmas balizas, não é socialmente recomendável o deferimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Ante o exposto, voto pela concessão parcial da ordem para, aplicando o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, fixar a reprimenda em 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 300 (trezentos) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.675 - ES (2011/0253502-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Não há falar em desproporcionalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal se, como bem anotou o Tribunal estadual, justificada *pela quantidade significativa de droga apreendida (33 papелotes de cocaína) e sua natureza nociva, a qual possui elevado poder de dependência química/física* (fl. 40).

Inaplicável, no caso, o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a dedicação a atividades criminosas. No ponto, também correto o acórdão da apelação.

De igual modo, inexistente constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, ante a quantidade e a natureza da droga, bem como a dedicação a atividades criminosas.

Data venia do Relator, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0253502-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 222.675 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 48070171433 48109003672

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : SIMÃO BERNARDINO DA SILVA NETO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão, vencido o Sr. Ministro Relator."

Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior as Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.