



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.805 - RS (2010/0146946-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : TIAGO CAMARGO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : FELIPE IACHINSKI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 12, CAPUT, E ART. 14 DA LEI 6.368/76). 550 GRAMAS DE MACONHA. PENA-BASE (TRÁFICO): 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, ALÉM DE MULTA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO NO MÍNIMO LEGAL E DE RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL: CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SIMPLES MENÇÃO AO SENSO DE REPROVAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA. PRECEDENTES. INVIABILIDADE, TODAVIA, DE A PENA SER FIXADA NO MÍNIMO LEGAL DADA A EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NOVA PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL QUE DEVE SER ESTABELECIDO SEGUNDO O ART. 33 DO CPB. PRECEDENTES DO STJ E STF. REGIME ADEQUADO: SEMIABERTO. INADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. *WRIT* CONCEDIDO PARCIALMENTE, PARA ADEQUAR O APENAMENTO DO PACIENTE QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO E ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Não tendo o Juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavorável ao condenado a sua culpabilidade, limitando-se a dizer que agiu com potencial consciência da ilicitude, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

2. Todavia, inviável o estabelecimento da sanção no mínimo legal, dada a expressiva quantidade da droga apreendida, mais de meio quilo de maconha, o que torna efetivamente desfavorável a circunstância relativa às consequências do crime, tal como apontado pelo Tribunal Estadual; assim, fixa-se a pena-base em 4 anos de reclusão.

3. Este STJ acolhe o entendimento de que, após o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, a fixação do regime prisional para condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei 6.368/76, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB (HC 71.787/SC, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJU 03.11.08).; na hipótese, reconhecida circunstância judicial desfavorável, o regime adequado deve ser o semiaberto.

4. Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minuciosa dos fatos e provas, reconheceram que o paciente se dedicava ao comércio de drogas, tanto que foi condenado também pelo delito de associação para o tráfico, inviável a redução pretendida com fulcro no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

5. O *Habeas Corpus* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII).

6. *Habeas Corpus* concedido em parte para, mantida a condenação do paciente, fixar a pena do crime de tráfico em 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 100 dias-multa, mantido, no mais, o acórdão condenatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 14 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.805 - RS (2010/0146946-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : TIAGO CAMARGO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : FELIPE IACHINSKI (PRESO)

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FELIPE IACHINSKI, em adversidade ao acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

2. Verifica-se dos autos que o Tribunal Estadual, mantendo a condenação do paciente pelos delitos de tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 12. e 14 da Lei 6.368/76), reformou parcialmente a sentença, sendo a pena abrandada para 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática de narcotraficância (art. 12 da lei n. 6.368/76).

2. No *writ*, a impetração afirma que a pena aplicada para o delito deveria ser fixada no mínimo legal, uma vez que não há nada em desfavor do paciente sendo cabível o benefício do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, já que é possível a retroatividade de lei para beneficiar o réu.

3. Informações prestadas (fls. 69/93), o MPF, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, manifestou-se pela concessão parcial da ordem já que considerou não ter sido adequadamente motivada a exasperação da pena base, mas afastou a redução do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 uma vez que o Tribunal *a quo* consignou que os réus se dedicavam a narcotraficância.

4. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.805 - RS (2010/0146946-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : TIAGO CAMARGO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : FELIPE IACHINSKI (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 12, CAPUT, E ART. 14 DA LEI 6.368/76). 550 GRAMAS DE MACONHA. PENA-BASE (TRÁFICO): 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, ALÉM DE MULTA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO NO MÍNIMO LEGAL E DE RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL: CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SIMPLES MENÇÃO AO SENSO DE REPROVAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA. PRECEDENTES. INVIABILIDADE, TODAVIA, DE A PENA SER FIXADA NO MÍNIMO LEGAL DADA A EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NOVA PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL QUE DEVE SER ESTABELECIDO SEGUNDO O ART. 33 DO CPB. PRECEDENTES DO STJ E STF. REGIME ADEQUADO: SEMIABERTO. INADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. WRIT CONCEDIDO PARCIALMENTE, PARA ADEQUAR O APENAMENTO DO PACIENTE QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO E ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Não tendo o Juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavorável ao condenado a sua culpabilidade, limitando-se a dizer que agiu com potencial consciência da ilicitude, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

2. Todavia, inviável o estabelecimento da sanção no mínimo legal, dada a expressiva quantidade da droga apreendida, mais de meio quilo de maconha, o que torna efetivamente desfavorável a circunstância relativa às consequências do crime, tal como apontado pelo Tribunal Estadual; assim, fixa-se a pena-base em 4 anos de reclusão.

3. Este STJ acolhe o entendimento de que, após o STF



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarar a inconstitucionalidade do art. 2o., § 1o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, a fixação do regime prisional para condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei 6.368/76, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB (HC 71.787/SC, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJU 03.11.08).; na hipótese, reconhecida circunstância judicial desfavorável, o regime adequado deve ser o semiaberto.

4. *Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise minuciosa dos fatos e provas, reconheceram que o paciente se dedicava ao comércio de drogas, tanto que foi condenado também pelo delito de associação para o tráfico, inviável a redução pretendida com fulcro no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.*

5. *O Habeas Corpus é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII).*

6. *Habeas Corpus concedido em parte para, mantida a condenação do paciente, fixar a pena do crime de tráfico em 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 100 dias-multa, mantido, no mais, o acórdão condenatório.*

1. O egrégio Tribunal a quo se manifestou da seguinte forma:

Deve ser mantida a sentença hostilizada que, com acerto, condenou os acusados nas sanções dos artigos 12, caput e 14, caput, ambos da Lei 6.368/76 na forma do artigo 69 do Código Penal, sendo inviável o acolhimento das teses defensivas de absolvição, de desclassificação ou de restituição dos bens e valores confiscados em favor da União.

O apelo defensivo merece parcial acolhida, entretanto, quanto aos apenamentos impostos a ambos os réus, pelo delito de associação, previsto pelo artigo 14, da lei 6.368/76.

As questões suscitadas foram analisadas, com inteira propriedade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e de forma bastante clara, segura e sintética, no parecer ministerial exarado nessa instância, pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Marcelo Roberto Ribeiro, o qual reproduzo em parte e adoto como razões de decidir, com a vênia de seu subscritor, evitando desnecessária tautologia.

(...)

Assim, o conjunto probatório demonstra, de forma clara, a atividade de narcotraficância em associação pelos réus.

E como bem referido pelo nobre Procurador, através da quantidade de droga, bem como da apreensão de uma balança de precisão, instrumento esse comumente utilizado por narcotraficantes, além da expressiva quantia de R\$ 6.782,00, além do fato de não existirem quaisquer indícios de que os policiais tivessem interesse em incriminar falsamente os réus, não resta nenhuma dúvida de que ambos os apelantes sabiam da existência da droga e tinham como intenção comercializá-la e não consumi-la.

(...)

De igual forma, as penas dos recorrentes, quanto ao delito de tráfico, não comportam qualquer alteração, eis que fixadas de forma necessária e suficiente para os fins de reprovação e prevenção do crime que cometeram, não havendo motivos para reduzi-las.

A irresignação defensiva merece acolhida quanto aos apenamentos impostos aos co-réus, pelo delito de associação (artigo 14, da lei 6.368/76).

Essa Câmara possui o entendimento cimentado de que a pena cominada para o delito de associação é aquela prevista no artigo 8º, da lei 8072/90, ou seja, de três a seis anos de reclusão, sem incidência de multa.

Verifica-se desde logo que a pena de Felipe foi fixada em 6 anos de reclusão, o máximo cominado, enquanto a de Rafael ultrapassou tal patamar, pois estipulada em 6 anos e 6 meses de reclusão.

Imperativa a sua adequação, mantendo proporcionalidade com as penas impostas pelo delito de tráfico.

Sopesando as moduladoras do artigo 59 do CP, tal como feito pela sentença e considerando a reincidência de Rafael, penso adequado estabelecer a sanção carcerária de Felipe em 4 anos de reclusão e a de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rafael em 4 anos e 6 meses de reclusão, afastando a pena pecuniária por este delito e estipulando o regime semi-aberto para o seu cumprimento, pois não se trata de delito hediondo ou equiparado. (fls. 10/23).

2. Quanto à pena do crime de tráfico, mantida pela Corte Estadual, foi assim estabelecida pelo MM. Juiz de primeiro grau:

Analizando-se as circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do estatuto repressivo, tenho que a culpabilidade dos réus restou comprovada, vez que agiram conscientes do caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha no seu proceder, optando pela prática delitiva. Aliás, delito de expressiva reprovabilidade social, tanto que reproduz incansáveis campanhas de âmbito nacional de conscientização contra as drogas.

O réu Felipe não registra antecedentes criminais. (...).

Conduta social do réu Felipe restou abonada pelas testemunhas.

(...).

Circunstâncias desfavoráveis. Impressiona a expressiva quantidade da droga apreendida - 550 g de maconha - o que intensifica a lesividade social. Nesse contexto, consequências igualmente negativas para ambos os réus, pois muitos consumidores iriam ser lesados com a disseminação desta droga, felizmente apreendida a tempo.

Motivação própria à espécie delitiva.

Não analisável o comportamento da vítima, em sendo o Estado. (fls. 89).

3. A pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB, porquanto a fuga aos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de justa fundamentação no primeiro momento da dosimetria constitui constrangimento ilegal sanável pela via do *Habeas Corpus*, quando não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado a prisão por tempo superior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito.

4. É entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça que não se admite que elementos integrantes do próprio tipo criminal sejam considerados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como fatores de justificação da exacerbação da sanção para além do seu mínimo legal, em atenção à garantia processual penal que veda a duplicidade de avaliação desses elementos, expressa na vetusta e conhecida locução *bis in idem*.

5. É consabido que, enquanto circunstância judicial desfavorável, a culpabilidade revela um juízo de reprovação social da conduta (HC 178.660/GO, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 21.02.2011; HC 162.964/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 21.06.2010). Entretanto, ao ser adotado como razão para exasperação da pena-base, em atendimento ao comando inserto no art. 59 do CPB, referido juízo deve estar expressamente acompanhado por fundamentos concretos que evidenciem a distinção da conduta do acusado daquela normalmente verificada em delitos da mesma espécie. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONFISSÃO UTILIZADA PELO MAGISTRADO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DA ARMA DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.

1. *Hipótese em que o magistrado singular fixou a pena-base acima do mínimo legal por considerar a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis: a culpabilidade e as circunstâncias do crime. Entendeu o Juiz que a culpabilidade "é o senso de reprovação social da conduta praticada" e que as circunstâncias são desfavoráveis porque "o réu fez vítimas reféns em um quarto para perpetrar o delito".*

2. *Há constrangimento ilegal se não se logrou demonstrar que o paciente agiu com grau de culpabilidade acentuado, limitando-se o julgador a explicitar o conceito de culpabilidade, o que não se revela suficiente para justificar o acréscimo da sanção por tal circunstância judicial.*

(...).

7. *Ordem concedida, inclusive de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 80 (oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 115.986/MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

24.05.2010).

6. Assim, penso que o apenamento do paciente merece pequeno reparo, para o fim de afastar a circunstância negativa de culpabilidade; todavia, a quantidade da droga é fundamento suficiente para manter-se a pena acima do mínimo legal, como tem sido reiteradamente decidido por esta Corte.

7. Assim, fixa-se a pena-base do paciente, para o delito de tráfico, em 4 anos de reclusão, mantida nesse *quantum* em vista da inexistência de agravantes ou atenuantes.

8. Em relação ao benefício do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, percebe-se que o Tribunal *a quo*, ao reconhecer que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas e que sua principal fonte de renda seria a comercialização de substância entorpecente (fl.21), afastou qualquer possibilidade de aplicação de tal privilégio.

9. Por fim, este STJ acolhe o entendimento de que, após o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 2o., § 1o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, a fixação do regime prisional para condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei 6.368/76, à falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB (HC 71.787/SC, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJU 03.11.08); na hipótese, reconhecida circunstância judicial desfavorável e tendo em vista o quantitativo da pena, o regime adequado deve ser o semiaberto.

10. *Habeas Corpus* concedido em parte para, mantida a condenação do paciente, fixar a pena do crime de tráfico em 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 100 dias-multa, mantido, no mais, o acórdão condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0146946-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 181.805 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 70027716620

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TIAGO CAMARGO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : FELIPE IACHINSKI (PRESO)

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 Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.