



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.501 - DF (2010/0159042-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WILLIAN ARAÚJO DA COSTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE REINCENTE. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (10.400 g de merla).
2. Não há como afastar a agravante da reincidência quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, a condenação anterior, de fato, ainda não havia transitado em julgado, como se alega.
3. Reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos reincidentes.
4. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.
5. Sendo a pena aplicada superior a 4 anos de reclusão, a reincidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente impede a fixação de regime diverso do fechado, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

6. A quantidade e a variedade da droga apreendida (5,94 g de maconha e 376 porções de merla, com massa bruta de 10.400,0 g) demonstram uma maior gravidade da conduta, a qual levou à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, e também justificam a fixação do regime inicial fechado.

7. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que, além de o paciente ter sido condenado à reprimenda superior a 4 anos, essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

8. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, 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 unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa extensão, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 24 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.501 - DF (2010/0159042-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Willian Araújo da Costa**, apontando como autoridade coatora a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que negou provimento à Apelação n. 2009.01.1.127388-6, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o Juiz sentenciante não teria valorado adequadamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime. Para tanto, alega que o magistrado teria levado em consideração apenas elementos inerentes ao próprio tipo penal violado.

Assim, considerando a desfavorabilidade apenas da quantidade de drogas apreendidas, entende que seria demasiada a elevação da pena-base em 2 anos de reclusão, razão pela qual deveria ser fixada a redução para o mínimo legalmente previsto.

Ainda, argumenta que o Juiz sentenciante teria se equivocado ao reconhecer a aplicação da agravante genérica da reincidência, uma vez que a condenação anterior ainda não havia transitado em julgado quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*.

Afastada a reincidência do paciente, defende que deveria ser aplicada, em seu favor, a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e no patamar máximo de 2/3.

Da mesma forma, com o redimensionamento da reprimenda do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, considera que deveria ser-lhe fixado o regime aberto de cumprimento de pena e ser realizada a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem para que:

- a) seja a pena-base reduzida ao mínimo legal;
- b) seja afastada a agravante da reincidência;
- c) seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas;
- d) seja fixado o regime aberto de execução;
- e) seja a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.501 - DF (2010/0159042-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 13/8/2009, trazia consigo, para fins de difusão ilícita, **5,94 g de maconha**; tinha em depósito **366 porções de merla**, acondicionadas em latas cilíndricas; bem como tinha em depósito **10 outras porções de merla**, perfazendo um total de 376 porções, com massa bruta de **10.400,0 g (dez mil e quatrocentos gramas)** – fls. 13/14.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que tange à alegada inadequação da pena-base imposta ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *in verbis* (fl. 27):

[...]

A culpabilidade, como circunstância judicial prevista no art. 59 do CP, refere-se, ao contrário do que se tem visto em algumas decisões, não só à intensidade do dolo ou culpa do agente, mas também à avaliação dos atos do agente segundo os conceitos morais e éticos vigentes em dada coletividade. Não há como se considerar como favorável ao agente a análise da dita circunstância quando nada indique que agiu respaldado por uma situação fática que faça concluir pela diminuição da censurabilidade de sua conduta. Se o agente age desse modo, repita-se, sem a existência de qualquer situação fática anterior ou concomitante que diminua o juízo de censurabilidade, a conclusão lógica é que, como no presente caso, quis intensamente, nos crimes dolosos, atingir o objetivo criminoso, agindo com culpabilidade intensa.

É réu reincidente (fls. 61/63), mas essa circunstância será analisada na segunda fase, a fim de evitar 'bis in idem'.

Não se sabe exatamente as razões que levaram o acusado à prática do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se tem maiores elementos sobre sua conduta social e personalidade. As circunstâncias do crime são aquelas que normalmente cercam a espécie delitiva. As consequências do crime o desfavorecem, porque possuía mais de trezentas e setenta latas de "merla" para difusão ilícita, ferindo consideravelmente o bem jurídico tutelado pela norma, saúde pública. Dessa forma, fixo a pena-base no mínimo legal, em 7 (sete) anos de reclusão, mais multa de 700 (setecentos) dias-multa [...]

A Corte de origem, por sua vez, manteve inalterada a pena-base irrogada ao paciente, pelos seguintes fundamentos (fl. 37):

[...]
O art. 42 da Lei n. 11.343/06 determina que se considere com preponderância sobre o previsto no art. 59 a natureza e quantidade da substância.
Neste caso, foram apreendidos **mais de dez quilos de merla, acondicionados em 376 latinhas**, portanto plenamente justificado o aumento da pena-base acima do mínimo legal.
[...]

De plano, cumpre salientar que, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via do *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, reconhecíveis de plano, atinentes a questões objetivas, sem que haja a necessidade de incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

In casu, observa-se que as instâncias ordinárias, quando da análise das circunstâncias judiciais, embora tenham feito breve menção à culpabilidade, consideraram desfavoráveis ao paciente especialmente a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim determina:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (grifo nosso).

Com efeito, o Juiz sentenciante, ao estabelecer a pena-base acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legalmente previsto, destacou que **foram apreendidas mais de 370 latas contendo merla, totalizando 10.400,0 g (dez mil e quatrocentos gramas)**, peso bruto, o que evidencia que as instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do paciente, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, **haja vista a transnacionalidade do delito, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - 1.117,41 g de cocaína -, circunstâncias que demonstram o acentuado grau reprovabilidade de sua conduta.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 156.346/PE, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

No que tange ao pretendido afastamento da agravante genérica da reincidência, mostra-se inviável acolher-se o pleito, pois, embora o impetrante sustente que tenha havido equívoco no reconhecimento dessa agravante, constata-se que a documentação colacionada aos autos é **insuficiente** para infirmar a asserção feita pelo Juiz sentenciante quando da segunda etapa da dosimetria, tendo em vista que não foi juntada aos autos a folha de antecedentes penais do paciente, o que não permite aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, a condenação anterior, de fato, ainda não havia transitado em julgado, como se alega.

Cumpre ressaltar que cabe ao impetrante a comprovação, de plano,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos argumentos vertidos na ordem, sob pena de inviabilizar a aferição do alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

Aliás, consoante já decidiu este Superior Tribunal, *mutatis mutandis*: a *deficiente instrução do 'writ' inviabiliza o enfrentamento da alegação de que teriam sido utilizadas condenações sem trânsito em julgado a título de maus antecedentes* (HC n. 141.587/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/2/2011).

Dessa forma, porque reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos reincidentes.

A propósito, confira-se o disposto no mencionado dispositivo legal:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, **desde que o agente seja primário, de bons antecedentes**, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Aliás, foi esse o entendimento adotado pelo Tribunal de origem (fl. 38):

Os requisitos para aplicação do disposto no § 4º do art. 33 são os seguintes: agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Trata-se de réu reincidente, conforme reconhecido na r. sentença, o que veda a aplicação da benesse constante da Lei de Tóxicos.

Quanto ao modo de cumprimento de pena fixado ao paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do **regime inicial fechado**, conforme a redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (fl. 28).

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve inalterada a fixação do modo inicial mais gravoso, sem, no entanto, tecer maiores considerações.

Deveras, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC n. 82.959/SP, teve a oportunidade de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Na oportunidade, acentuou o Ministro Gilmar Mendes que o *princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não restringe à simples fixação da pena in abstracto, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização*.

No caso, entretanto, sendo a pena aplicada superior a 4 anos de reclusão, a reincidência do paciente impede a fixação de regime diverso do fechado, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Além disso, a quantidade e a variedade da droga apreendida – 5,94 g de maconha e 376 porções de merla, com massa bruta de 10.400,0 g (dez mil e quatrocentos gramas) – demonstram uma maior gravidade da conduta, a qual levou à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, e também justificam a fixação do regime inicial fechado.

A esse respeito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

1. 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.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedica a atividade criminosa.

3. 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.

4. Em decorrência do indeferimento do pedido de aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

5. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, a presença de circunstância desfavoráveis, bem como a natureza e a quantidade do entorpecente apreendidos – 104 (cento e quatro) papelotes de pasta base de cocaína e, ainda, tinha duas porções de maconha – justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

6. Ordem denegada.

(HC n. 232.983/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos. Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da grande quantidade de droga (21 papelotes de cocaína, pesando 43,02 g), o regime mais adequado é o fechado.

5. Ordem denegada.

(HC n. 212.195/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 12/3/2012)

Por fim, no que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que, além de o paciente ter sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão – superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal –, essa matéria não foi analisada pela Corte de origem, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0159042-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.501 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12738862009 20090111273886 5182009

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WILLIAN ARAÚJO DA COSTA (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.