



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.370 - RJ (2009/0140070-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : LÉA ARRIGUI DE ARAÚJO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SAULO FERREIRA DE FRANÇA RUBIM

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI N. 6.368/1976. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE INTEGRAL DA LEI BENÉFICA. LEI NOVA, NO CASO, QUE SE MOSTRA MAIS GRAVOSA. DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

1. Segundo entendimento pacífico desta Corte, em razão da vedação à combinação de leis, é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à reprimenda cominada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

2. O condenado faz jus à aplicação integral da lei nova se esta lhe for benéfica. Contudo, no caso específico do tráfico de drogas, essa análise é feita caso a caso e consiste em verificar, essencialmente, se estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma que, a partir da aplicação dessa causa de diminuição, a reprimenda final fosse menor do que aquela fixada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

3. Se as instâncias ordinárias, a partir das circunstâncias da prisão, concluíram que o paciente participava de organização criminosa, mostra-se correta a negativa de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. A análise da alegação de não haver elementos nos autos que demonstrem ser o paciente integrante de organizações ou atividades criminosas passaria, necessariamente, pela revisão das premissas fáticas do julgado impetrado, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*.

5. A tão só assertiva de que o paciente agiu com intenso dolo, desacompanhada de dados concretos, não se presta a atribuir valor negativo à culpabilidade.

6. O fato de a droga ter sido vendida a terceiros é elementar do tipo penal de tráfico, razão pela qual não pode ser valorado como consequência desse mesmo delito.

7. A simples assertiva de que o paciente teria "personalidade voltada para a prática de crimes" e "conduta social desfavorável", destituída de qualquer elemento concreto, não se presta para justificar o aumento da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Ordem denegada. *Habeas corpus* deferido, de ofício, para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente na Ação Penal n. 2005.029.002796-1, da Vara Criminal de Magé/RJ, para 3 anos e 8 meses de reclusão, com a recomendação de que se comunique ao Juízo da execução o teor da presente decisão, a fim de que verifique a eventual extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.

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, denegar a ordem, mas, de ofício, expedir *habeas corpus*, com recomendação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 13 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.370 - RJ (2009/0140070-2) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Saulo Ferreira de França Rubim**, em que é apontado como órgão coator o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da Vara Criminal de Magé/RJ condenou o paciente às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 65 dias-multa, como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (autos n. 2005.029.002796-1).

Iniciado o cumprimento da reprimenda, a defesa formulou pedido de aplicação da causa de diminuição instituída pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. No entanto, o Juízo da Vara de Execução Penal indeferiu o pedido (2006/08785-2). Interpôs-se agravo em execução, desprovido pelo Tribunal de origem (2009.076.0295 - fl. 28):

Agravo. Tráfico de drogas - Artigo 12 da Lei 6.368/76. Decisão que indeferiu o pedido de aplicação da especial causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Sustenta o agravante que ao tempo do crime era menor de 21 anos, e que inexistem nos autos quaisquer evidências de que o mesmo integrava organização criminosa, ou que se dedicasse, de modo reiterado, à prática de atividade criminosa, e que a apreensão da quantidade de droga consigo não revela maior periculosidade. Ainda que fosse o caso de aplicação retroativa, entendimento não acolhido majoritariamente por este órgão fracionário, infere-se dos autos elementos acostados não possuir o agente as condições necessárias ao gozo do benefício pretendido. Colhe-se do APF que este laborava em atividade organizada, evidenciando inequívoca participação em organização criminosa voltada para a venda de drogas, constando até a existência de ponto certo para a alienação em comento, elementos destacados na decisão guerreada, ainda que de modo sumário, que não merece quaisquer reparos. Agravo improvido.

Alega-se, em suma, que o paciente faria jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haveria "qualquer evidência de que se dedicasse, de forma reiterada, à prática de atividade criminosa" (fl. 3).

Pede-se a concessão da ordem, nos termos explicitados.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 36/42):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS.

I - Pretender-se aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em relação ao crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76 - cujo art. 12 possuía a pena mínima menor; 3 anos - a pretexto de se homenagear o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, na verdade, constitui em atuação indevida do julgador nas vezes do legislador, eis que estar-se-ia criando indevidamente um terceira lei não pretendida por esse.

II - Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.370 - RJ (2009/0140070-2) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A ordem não comporta concessão.

Inicialmente, segundo entendimento pacífico desta Corte, em razão da vedação à combinação de leis, é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à reprimenda cominada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

Nesse sentido:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. **Todavia**, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita **in concreto**, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, **retroatividade da regra nova** ou **ultra-atividade da norma antiga**.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 **inovou no ordenamento jurídico** pátrio ao prever uma **causa de diminuição** de pena **explicitamente vinculada** ao novo apenamento previsto no **caput** do art. 33.

III - Portanto, **não há** que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma **terceira norma não elaborada e jamais prevista** pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, **inexoravelmente**, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no **caput** do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Em homenagem ao **princípio da extra-atividade** (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, **caso a caso**, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre **quantum** mais elevado. Contudo, **jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita**.

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica **que seja desvinculada**, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada **combinação de leis**.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.

VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão).

Embargos de divergência providos.

Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006.

(EResp n. 1.099.499/MG, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, 18/8/2010)

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO. ART. 12, C.C. ART. 18, III, DA LEI 6.368/76. INCIDÊNCIA DO § 4.º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS.

CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NÃO PREVISÃO DA NOVA LEI DE DROGAS. INVIÁVEL A SUA MANUTENÇÃO.

1. Consolidou-se no STF e no STJ o entendimento de que é inviável a conjugação de leis penais benéficas, dado que tal implicaria espécie de criação de terceira norma, com a violação do primado da separação dos poderes.

2. Assim, diante de condenação por fato ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, não é possível a incidência da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 tomando como base a pena da lei anterior, e ainda mais como no presente caso, em que se afirmou a condição de dedicar-se o agente à prática do ilícito e à quantidade considerável da droga.

3. Sendo a causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei 6368/76 revogada pela nova lei de drogas, Lei 11.343/76, inviável a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manutenção em face do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Ordem concedida em parte para extrair a causa de aumento e, por conseguinte, fixar a pena definitiva em 3 anos de reclusão.

(HC n. 114.762/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/6/2011)

Na verdade, o condenado faz jus à aplicação integral da lei nova se esta lhe for benéfica. Contudo, no caso específico do tráfico de drogas, essa análise é feita caso a caso e consiste em verificar, essencialmente, se estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma que, a partir da aplicação dessa causa de diminuição, a reprimenda final fosse menor do que aquela fixada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

No caso, o Juiz da execução, ao indeferir a aplicação da minorante, assim fundamentou (fl. 21):

Compulsando os autos, em especial a denúncia e a sentença, verifico não estarem presentes as condições exigidas no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, posto que o apenado portava significativa quantidade de drogas, acondicionadas para venda, bem como pelas circunstâncias da prisão, resta evidente que se dedica a atividade criminosa, razão pela qual reconsidero a decisão objeto do recurso, a fim de não ser aplicada a causa de diminuição de pena constante no supracitado dispositivo.

O Tribunal de origem, por sua vez, ratificou a conclusão (fl. 29):

[...]

Deseja o agravante ver aplicado a seu caso a especial causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da nova Lei de drogas, ao argumento de que ao tempo do delito era menor de 21 anos, e inexistirem nos autos evidência de que o agravante integrava organização criminosa.

Inicialmente cumpre esclarecer, que este colegiado, majoritariamente, posiciona-se contra o entendimento lastreador deste agravo, não entendendo admissível que o juízo de execução aplique a referida causa de mitigação, que exige análise acurada de elementos subjetivos atinentes à matéria já preclusa.

Não obstante tal entendimento, colhe-se das próprias peças adunadas claro indicativo de que o agravante participava de organização criminosa, com evidente divisão de tarefas, e até mesmo ponto de vendas, isto apenas no APF, sem maiores digressões (fls. 6/8), não fazendo jus ao benefício pretendido, por ausência dos requisitos subjetivos.

Neste sentido, observa-se que o ora agravante recebera de terceiro, certa quantidade de drogas destinadas a alienação. Pela venda desta receberia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certa participação, a existência de tarifas específicas a certas mercadorias apreendidas, delimitação de ponto de venda, tudo a evidenciar uma atividade claramente organizada.

[...]

Se as instâncias ordinárias, a partir das circunstâncias da prisão, concluíram que o paciente participava de organização criminosa, mostra-se correta a negativa de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 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 e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. No caso, o Tribunal de origem afastou a incidência da mencionada minorante em virtude do não preenchimento de requisito nela previsto, asseverando que o proceder do paciente evidencia sua experiência e habitualidade no tráfico, pois conhece precisamente os mecanismos aptos a conferir maior rendimento à droga, de modo a obter mais lucro e enganar seus consumidores – visto que acrescia ao entorpecente fermento conhecido como Pó Royal –, práticas estas somente atribuíveis a pessoas afetas à condutas criminosas.

3. Ademais, reconhecida a dedicação a atividades criminosas, qualquer conclusão diversa necessitaria de incursão no conjunto fático-probatório, providência esta incompatível com a via estreita do *writ*. Precedentes do STJ.

4. Embora a pena corporal não alcance 8 (oito) anos de reclusão, as peculiaridades da causa autorizam a manutenção do regime prisional fechado. Isso porque, concluiu o Tribunal a quo ser o paciente pessoa experiente e habitual na prática do tráfico, circunstâncias que evidenciam a necessidade de maior rigor no apenamento.

5. Diante das mesmas balizas, não se apresenta recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada.

(HC n. 174.161/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 4/4/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. PACIENTE QUE, DE ACORDO COM AS INSTÂNCIAS DE MÉRITO, SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, nos delitos definidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no *caput* e no § 1º daquele 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.

2. Não incide a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando as instâncias de mérito, com base nos elementos probatórios constantes dos autos - tais como interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e depoimentos prestados sob o crime do contraditório e da ampla defesa -, concluíram que a paciente, juntamente outro corréu, se dedica ao comércio de tráfico de drogas "*de modo reiterado, organizado e habitual e faziam do tráfico seu meio de vida*".

3. Para se chegar a conclusão diversa, ademais, seria imprescindível o reexame de fatos e provas que permeiam a lide, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*. Precedentes.

4. Ordem denegada.

(HC n. 126.707/SP, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 5/4/2010)

Outrossim, a análise da alegação de não haver elementos nos autos que demonstrem ser o paciente integrante de organizações ou atividades criminosas passaria, necessariamente, pela revisão das premissas fáticas do julgado impetrado, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*.

A esse respeito:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FLAGRANTE PREPARADO E DESCLASSIFICAÇÃO. TIPICIDADE. ALTERAÇÃO. MATÉRIAS PROBATÓRIAS. VIA INADEQUADA. DIMINUIÇÃO DE PENA E REGIME INICIAL. PREJUDICIALIDADE.

1. **Aferir se há flagrante preparado ou esperado, ou se os fatos se subsumem ao delito de extorsão ou de concussão, são matérias que demandam revolvimento fático-probatório não condizente com o *habeas corpus*, via angusta por excelência.** Precedentes.

2. Já operada, na origem, a pretendida diminuição da pena-base, que inclusive ficou no mínimo legal, não há mais nada a fazer neste particular.

3. Encontrando-se o paciente em livramento condicional, fica sem sentido o pleito de alteração do regime inicial para aberto, como também a pretensão de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* prejudicado em relação à diminuição da pena, ao regime inicial e à substituição da privativa de liberdade por restritivas e não conhecido quanto ao mais.

(HC n. 87.791/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 23/8/2010 – grifo nosso)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. Para a eventual desclassificação da conduta de extorsão mediante seqüestro para concussão, bem como para a pretensa absolvição do paciente das imputações de tráfico ilícito de entorpecentes e roubo circunstanciado, necessário seria o exame de questões que, para seu deslinde, demandam aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.

2. Dessa forma, inviável é a utilização do *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, marcado por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica na espécie.

3. Ordem denegada.

(HC n. 47.749/RS, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 5/11/2007 – grifo nosso)

No entanto, verifica-se a existência de ilegalidade a ser reparada de ofício por esta Corte, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, no que diz respeito à dosimetria da pena.

O paciente foi condenado a 6 anos de reclusão em regime inicial fechado, segundo a cominação prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, pelo tráfico de 62,30 g de "maconha".

Na sentença, a fixação da reprimenda foi assim fundamentada (fls. 19/20):

[...]

Considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a culpabilidade (dolo intenso), as conseqüências (a venda efetiva de substância entorpecente a terceiro) e circunstâncias (local e hora do crime), além de personalidade voltada à prática de delitos e a conduta social reprovável, **fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão e 65 (sessenta e cinco) dias-multa, a qual torno definitiva**, na ausência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem como de causas de aumentos e/ou diminuição.

Fixo o dia-multa na razão unitária mínima, da Lei específica (6.368/76).

Considerando a existência de circunstâncias desfavoráveis, e por se tratar de crime equiparado a hediondo, **fixo o regime fechado para o cumprimento inicial da pena**, na forma do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em atenção à recente decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959, a qual entendeu pela inconstitucionalidade da regra do artigo 2º, § 1 da Lei nº 8.072/90, deixo de fixar o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

[...]

O Tribunal de Justiça, por sua vez, ao julgar a Apelação Criminal n. 2006.050.04989, cujo acórdão proferido ora faço juntar aos autos, ratificou a conclusão:

[...]

A reprimenda foi devidamente fixada em razão da quantidade elevada da droga apreendida, e das circunstâncias do evento. O apelante atuou em plena praça pública, no centro da cidade, demonstrando elevada culpabilidade, e risco a incolumidade pública, decorrendo disto a fixação da pena acima do mínimo legal.

A substituição da pena corporal pretendida pela defesa deve ser rejeitada. Primeiro por não se haver acolhido a mitigação da pena, e ainda, pelo fato de que é indiscutível o descabimento da pretendida substituição da pena corporal por restritiva de direitos, ante a incompatibilidade do sistema adotado pela Lei dos Crimes Hediondos, e os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

[...]

Pela leitura dos excertos transcritos verifica-se que a fixação da pena-base está a merecer reparos, mormente no que diz respeito à análise da culpabilidade, das consequências do crime, da personalidade e da conduta social.

Inicialmente, a tão só assertiva de que o paciente agiu com intenso dolo, desacompanhada de dados concretos, não se presta a atribuir valor negativo à culpabilidade.

A propósito:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. DOLO ANALISADO NA CULPABILIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. MOTIVOS INERENTES AO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIA COMUM AO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. 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.

3. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se no sentido de que a existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode se constituir no fundamento da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

4. Mostra-se patente a violação à regra legal contida no art. 59 do Código Penal, porque o evento morte não pode justificar a majoração da pena-base, a título de consequência do crime, por se tratar de aspecto subsumido ao próprio tipo de latrocínio qualificado pelo resultado morte.

5. No mesmo sentido, constitui o lucro fácil motivo comum a todos os delitos patrimoniais, não se podendo daí extrair maior reprovabilidade da conduta do paciente a justificar a majoração da reprimenda básica.

6. Ordem concedida para fixar a pena final do paciente em 20 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 10 dias-multa.

(HC n. 121.088/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/6/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. DOLO ANALISADO NA CULPABILIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. MOTIVOS INERENTES AO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIA COMUM AO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. 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.

3. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se no sentido de que a existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode se constituir no fundamento da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional da presunção de não culpabilidade.

4. Mostra-se patente a violação à regra legal contida no art. 59 do Código Penal, porque o evento morte não pode justificar a majoração da pena-base, a título de consequência do crime, por se tratar de aspecto subsumido ao próprio tipo de latrocínio qualificado pelo resultado morte.

5. No mesmo sentido, constitui o lucro fácil motivo comum a todos os delitos patrimoniais, não se podendo daí extrair maior reprovabilidade da conduta do paciente a justificar a majoração da reprimenda básica.

6. Ordem concedida para fixar a pena final do paciente em 20 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 10 dias-multa.

(HC n. 161.389/PE, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2/8/2010)

De outra parte, o fato de a droga ter sido vendida a terceiros é elementar do tipo penal de tráfico, razão pela qual não pode ser valorado como consequência desse mesmo delito.

A esse respeito:

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTAR DO TIPO. IMPOSSIBILIDADE DE MAIOR APENAÇÃO. PERSONALIDADE DO AGENTE. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de elementares do tipo para considerar desfavoráveis à paciente as consequências do delito, que seriam graves à saúde pública, e o motivo do crime, consistente na obtenção de lucro fácil. [...]

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a pena-base da paciente, tornando a sua sanção definitiva em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

(HC n. 103.879/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/9/2010)

Igualmente, a simples assertiva de que o paciente teria "personalidade voltada para a prática de crimes" e "conduta social desfavorável", destituída de qualquer elemento concreto, não se presta para justificar o aumento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base.

Sobre o tema:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS. PRECEDENTES.

[...]

3. **A sentença também não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse a conclusão desfavorável acerca da conduta social do agente.**

4. **Quanto à personalidade do criminoso, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que esta não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.**

[...]

6. *Habeas corpus* concedido para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados.

(HC n. 113.327/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 6/12/2010 – grifo nosso)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. PERSONALIDADE. INCLINADA AO DESVIO. CONDUTA SOCIAL. COMPROMETEDORA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. 3. CULPABILIDADE. INTENSA. CONDUTA DELITIVA QUE NÃO FOGE AO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REPROVÁVEIS. SEM CONCRETUDE. 5. MOTIVO. GANHO FÁCIL. DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO ALHEIO. INERENTES AO TIPO PENAL. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 6. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

2. **A personalidade e a conduta social não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, para dar supedâneo às suas considerações, não bastando afirmar que a conduta é "comprometedora" e a personalidade é "inclinada ao desvio".**

3. Mencionar que a culpabilidade foi "intensa" não constitui fundamentação idônea, visto que a dada circunstância se refere ao grau de reprovabilidade da conduta do acusado, que não passou do habitual ao crime em comento.

4. Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que são "reprováveis", devendo, pois, expurgar o acréscimo decorrente do exame genérico feito pelo julgador.

5. Com relação ao motivo do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como negativo, salientando ser "o usual no crime de furto, qual seja, o ganho fácil em detrimento do prejuízo alheio". Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.

6. Ordem concedida para reduzir a reprimenda reclusiva ao mínimo legal, no regime inicial aberto, e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

(HC n. 138.412/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 8/6/2011 – grifo nosso)

Passa-se ao redimensionamento da pena.

Afastada a valoração negativa da culpabilidade, das consequências do crime, da personalidade e da conduta social, porém mantida a análise das circunstâncias do crime, reduzo a pena-base para **3 anos e 8 meses de reclusão**, que torno definitiva pela ausência de atenuantes ou agravantes, causas de diminuição ou de aumento. Mantenho a pena de multa no patamar de 65 dias-multa, pois é proporcional ao novo *quantum* da reprimenda privativa de liberdade.

Deixo de modificar o regime de cumprimento da pena pois, segundo informações prestadas pelo Juízo da execução, já havia progredido ao regime aberto, inclusive estando atualmente foragido. Ademais, com a redução efetivada no presente *writ*, aparentemente, o paciente já teria cumprido a reprimenda.

Ante o exposto, **denego** a ordem, porém **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente na Ação Penal n. 2005.029.002796-1, da Vara Criminal de Magé/RJ, para 3 anos e 8 meses de reclusão, com a recomendação de que se comunique ao Juízo da execução o teor da presente decisão, a fim de que verifique a eventual extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0140070-2

HC 142.370 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2006087852 200907600295

EM MESA

JULGADO: 13/09/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LÉA ARRIGUI DE ARAÚJO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : SAULO FERREIRA DE FRANÇA RUBIM

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, denegou a ordem, mas, de ofício expediu habeas corpus, com recomendação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.