



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 233.149 - MS (2012/0027441-4)

**RELATOR** : **MINISTRO OG FERNANDES**  
**IMPETRANTE** : HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
**ADVOGADO** : HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : ROBERTO CESAR DUTRA BALBUENA (PRESO)

#### EMENTA

**HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. **BIS IN IDEM**. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. No que se refere ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao prever frações diferenciadas para o aumento da pena, o legislador deu ao magistrado certa liberdade para fixar o patamar mais adequado a cada caso, motivadamente.
2. A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do **ne bis in idem**.
3. Na hipótese, a vultosa quantidade de entorpecente apreendida é fundamento que justifica a aplicação da majorante em fração diversa do mínimo.
4. O tema relativo à fixação do regime prisional não foi debatido na instância precedente, de modo que avaliá-lo, nesta sede implicaria em indevida supressão de instância.
5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, 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 parte, a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 22 de março de 2012 (data do julgamento).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**MINISTRO OG FERNANDES**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.149 - MS (2012/0027441-4)

### RELATÓRIO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES:** Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Roberto Cesar Dutra Balbuena, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o ora paciente, foi condenado pela prática do crime previsto nos arts. 33, **caput**, c.c. o art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 9 (nove) anos e 1 (um) mês de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 504 (quinhentos e quatro) dias-multa, porque "remeteu quinze mil setecentos e dez gramas da substância entorpecente vulgarmente conhecida como "maconha", por intermédio de adolescente" (e-fl. 11).

Irresignada, apelou a defesa. Ao recurso foi dado parcial provimento para reduzir a pena-base, arbitrando a reprimenda em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais pagamento de 504 (quinhentos e quatro) dias-multa, mantendo-a, no mais, inalterada.

Eis a ementa (e-fls. 389/390):

*APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – PRETENSÃO IMPROCEDENTE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – PALAVRA DE POLICIAL EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – REDUÇÃO DA PENA-BASE OPERADA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA FIXÁ-LA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI Nº 11.343/2006 – INADMISSIBILIDADE – UTILIZAÇÃO DE ADOLESCENTE NA CONSECUÇÃO DO CRIME – FRAÇÃO DA MAJORANTE MANTIDA – FUNDAMENTAÇÃO LASTREADA NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*Não há que se falar em absolvição com base em negativa de autoria, quando o conjunto probatório é amparado em elementos de prova suficientes, como o testemunho prestado por policiais, bem como a prisão em flagrante do agente, dão suporte para a condenação.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Restando provado nos autos, em especial por intermédio das palavras dos policiais federais que fizeram a prisão em flagrante dos envolvidos, a participação de um menor/adolescente na consecução do crime de tráfico de drogas, não há que se falar em exclusão da causa de aumento de pena inserta no inciso IV, do art. 40, da Lei nº. 11.343/06.*

*A palavra de policial tem o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos, até que se prove o contrário, por serem revestidos de presunção de veracidade.*

*As circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, quando avaliadas de maneira inidônea, na sentença condenatória, devem ser decotadas do cálculo da pena-base. Considerações genéricas, abstratas ou dados integrantes da própria conduta tipificada, não podem ser utilizadas para exasperá-la, sob pena de violação ao princípio basilar de que todas as decisões devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF).*

*A culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade no agir do agente, assim sendo, não pode o juízo a quo considerá-la como circunstância desfavorável sem uma fundamentação concreta e vinculada, bem como não pode utilizar a obtenção de lucro fácil, como fator determinante quanto aos motivos do crime, porquanto inerente a crimes como o tráfico de drogas, sob pena de bis in idem.*

*Com relação às consequências do crime, vale dizer, os efeitos produzidos a partir do cometimento do ato ilícito, não há que ser valorado como circunstância judicial desfavorável ao réu, se da ação delituosa não sobrevierem sequelas, ou seja, não causar nenhum prejuízo ao ofendido.*

*O patamar de aplicação da causa de aumento de pena contida no inciso VI, do art. 40, da Lei de Drogas, vai de 1/6 (um sexto) até 2/3 (dois terços), sendo assim, a fração a ser adotada pelo magistrado deve guardar consonância com o art. 42, do mesmo Codex. No caso, embora a fundamentação do decisor esteja um tanto quanto concisa, o quantum foi lastreado na natureza (maconha) e na quantidade (15,700 Kg) de entorpecente apreendido.*

*Tendo a sentença estabelecido o aumento dentro dos limites impostos pela legislação, bem como suficiente fundamentação, não há que se falar em desacerto ou injustiças no tocante a fração adotada, no caso, em um quinto (1/5).*

Daí o presente writ, em que o impetrante sustenta que a quantidade de droga apreendida foi valorada duplamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena, incorrendo o julgador em vedado **bis in idem**.

Alega, ainda, que a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 se deu em patamar acima do mínimo legal sem justificção plausível.

Por fim, afirma que consideradas as circunstâncias do art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do Código Penal, não poderia o julgador estabelecer regime mais gravoso para cumprimento da pena simplesmente com base na hediondez do delito.

Requer a redução do **quantum** da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06 ao patamar de 1/6 (um sexto), além da modificação do regime prisional.

A liminar, onde se pretendia a imediata inserção do paciente no regime semiaberto, foi indeferida às e-fls. 405/406.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-fls. 412/416).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.149 - MS (2012/0027441-4)

### VOTO

**O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator):** Ressai dos autos que o paciente teria remetido para a cidade de São Paulo, por intermédio de adolescente, mais de quinze quilos de maconha.

A pena corporal, inicialmente arbitrada em 9 (nove) anos e 1 (um) mês de reclusão, foi modificada pelo Tribunal **a quo**, no que interessa, nos seguintes termos:

*É certo que o juiz na fixação da pena-base, pode entender, a despeito do acusado não ostentar dados majoritariamente favoráveis, em exasperá-la, entrementes, verifica-se, por outro lado, que a intensidade dessas informações negativas, não são suficientes para elevar a pena-base em um ano e oito meses acima do mínimo legal.*

*D'outro tanto, é certo que a pena-base, em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, a Lei nº. 11.343/06, em seu art. 42, estabelece que ao fixá-la deverá ser observado, com preponderância ao art. 59, do CP, os requisitos nele elencados, devendo a reprimenda ser fixada um pouco acima do mínimo legal, em decorrência da quantidade (15,700 Kg) e a natureza (maconha) da droga apreendida, a fim de realmente prevenir e reprovar o crime ora discutido.*

*Assim, por todo acima delineado, e em observância ao princípio da proporcionalidade, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, todavia, verifica-se que o Juízo a quo equivocou-se ao fixar os dias-multa em 420 (quatrocentos e vinte), uma vez que, nessa fase, não há como fixá-los abaixo do mínimo legal (500 dias-multa), entrementes, em respeito ao non reformatio in pejus, o mesmo quantum deve permanecer, qual seja, em 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa.*

*Com relação a 2ª fase, não há atenuantes a serem observados; presente a circunstância agravante inserida no art. 61, I, do CP (reincidência), a qual será utilizada para elevar a reprimenda no mesmo patamar fixado na sentença, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão, e 38 (trinta e oito) dias-multa, fixando a pena provisória em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Quanto à 3ª fase, não há causas de diminuição de pena; presente a majorante do inciso VI, do art. 40, da Lei de Drogas, devendo ser operada a exasperação na mesma fração adotada na sentença (1/5), restando a pena definitiva em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias, e ao pagamento de 504 (quinhentos e quatro) dias-multa.*

*Por fim, registre-se que não houve afronta aos dispositivos aventados a título de prequestionamento.*

*Por todo exposto, contrariando o parecer, dou parcial provimento ao recurso para, em reformando a sentença, tão somente reduzir a pena-base e fixá-la definitivamente em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias, e ao pagamento de 504 (quinhentos e quatro) dias-multa, mantendo-a, no mais, inalterada. (e-fls. 396/397).*

Neste *writ*, alega o impetrante que a quantidade de entorpecente não serve para justificar o aumento da pena, na terceira fase da dosimetria, em patamar acima do mínimo e também não poderia ser utilizado como fundamento para modificar a pena em dois momentos distintos.

Com efeito, segundo dispõe o inciso VI do art. 40 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes que envolvam em sua prática criança ou adolescente, as penas poderão ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Ao estabelecer frações variáveis, o legislador deu ao magistrado certa liberdade para aplicar a mais adequada ao caso concreto, motivadamente.

Na hipótese, a vultosa quantidade de droga apreendida foi o alicerce utilizado para majorar a pena-base e estabelecer a causa de aumento de pena em patamar um pouco acima do mínimo legal.

Entendo que tal condição constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque tanto os critérios quanto a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta e uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação ao princípio do **ne bis in idem**.

Do mesmo modo, a fundamentação apresentada pelo julgador monocrático e reiterada pelo Tribunal de origem é suficiente para justificar o aumento



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na fração de 1/5 (um quinto).

Veja-se:

*Alega o apelante, por fim, que a causa especial de aumento de pena pelo envolvimento do menor/adolescente na prática do crime de tráfico de entorpecentes, não poderia ter sido fixada em 1/5 (um quinto) sem uma fundamentação concreta pelo Juízo a quo, assim, sua redução ao mínimo legal (1/6) é medida que se impõe.*

*Ao contrário do que sustenta, embora a fundamentação da r. sentença esteja um tanto quanto concisa, verifica-se, por outro lado, que o d. magistrado lastreou a exasperação da reprimenda no quantum fornecido ao menor para o transporte, assim consignando (f. 285):*

*"[...] Destarte, a prática do acusado deve gerar a aplicação da causa de aumento, prevista no inciso VI art. 40 da Lei n. 11.343/2006.*

*Do quantum a ser aumentado*

*Os requisitos para concessão da causa de aumento da pena, como dito, restam preenchidos. Ressalte-se que, na situação telada, o acusado forneceu o entorpecente em quantidade de quinze mil setecentas e dez gramas, ao menor Chailon Allan Ferreira de Melo. Verificado isso, entendo que o aumento deverá operar-se pela fração de 1/5 (um quinto)." (Grifos do original)*

*In casu, as peculiaridades do crime praticado pelo recorrente reclamam um maior rigorismo por parte do judiciário, máxime diante da sua complexidade, com o envolvimento de um adolescente e aliado a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido. Tendo a sentença estabelecido o aumento dentro dos limites impostos pela legislação, bem como suficiente fundamentação, não há que se falar em desacerto ou injustiças no tocante a fração adotada, devendo permanecer como fixada na sentença (1/5). (e-fls. 395/396)*

No que se refere ao regime para cumprimento da pena, melhor sorte não lhe assiste. Isso porque o tema não foi objeto de questionamento na instância precedente, de modo que debatê-lo nesta via implicaria indevida supressão de instância.

Nesse sentido:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

.....  
REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

1. A questão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.  
(HC 217.911/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 10.2.2012)

Pelo exposto, conheço parcialmente do **habeas corpus** e, nessa extensão, denego a ordem.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0027441-4

**HC 233.149 / MS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16100005069 20110337334

EM MESA

JULGADO: 22/03/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
PACIENTE : ROBERTO CESAR DUTRA BALBUENA (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 parte, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.