



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 395.152 - PB (2013/0307936-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : LUAN MEDEIROS DA COSTA
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS ENTRE O CORRÉU E O AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO, EM RAZÃO DE REMOÇÃO DO MAGISTRADO TITULAR. AUSÊNCIA DE VÍCIO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, é necessário que se trate de Réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Se a Corte de origem, soberana na análise de provas, concluiu que o Acusado se dedicava, com habitualidade, ao tráfico de drogas, a pretensão de revisão da recusa do benefício necessariamente esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Não se encontrando os corréus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por alguns deles.

3. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, deve ser analisado, conforme a recente jurisprudência da Quinta Turma deste Superior Tribunal, à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil. Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado. Precedentes.

4. Segundo entendimento desta Corte, a remoção do Magistrado está dentro das hipóteses do art. 132, do Código de Processo Civil, configurando exceção à obrigatoriedade de ser o processo-crime julgado pelo Juiz que presidiu a instrução.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 395.152 - PB (2013/0307936-0)

AGRAVANTE : LUAN MEDEIROS DA COSTA
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por LUAN MEDEIROS DA COSTA contra decisão de minha lavra, ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. JUIZ SENTENCIANTE QUE NÃO PRESIDIU A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PARA A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REFERENTES AOS MOTIVOS E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME PRISIONAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRADO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL." (fl. 1059)

O Agravante alega que não se aplica o art. 132 do Código de Processo Penal porque o magistrado fora removido e que tal hipótese não estaria abrangida no rol do referido artigo.

Ademais, afirma ser possível aplicar à hipótese a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da identidade fático-processual entre o agravante e o corréu Édson Athaíde Filho, beneficiado na apelação.

Sustenta, ainda, que *"a mera quantidade da droga apreendida, desacompanhada de qualquer outro elemento, não pode servir, data venia, de base para negar a aplicação, na terceira fase, do § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas, sob a hipotética premissa de que o réu integra organização criminosa ou se dedica ao crime"* (fl. 1097).

Por fim, aduz que se for estabelecida nova pena, deve a sanção privativa de liberdade ser substituída por restritivas de direitos bem como aplicado regime prisional menos gravoso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 395.152 - PB (2013/0307936-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS ENTRE O CORRÉU E O AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO, EM RAZÃO DE REMOÇÃO DO MAGISTRADO TITULAR. AUSÊNCIA DE VÍCIO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, é necessário que se trate de Réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Se a Corte de origem, soberana na análise de provas, concluiu que o Acusado se dedicava, com habitualidade, ao tráfico de drogas, a pretensão de revisão da recusa do benefício necessariamente esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Não se encontrando os corréus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por alguns deles.

3. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, deve ser analisado, conforme a recente jurisprudência da Quinta Turma deste Superior Tribunal, à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil. Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado. Precedentes.

4. Segundo entendimento desta Corte, a remoção do Magistrado está dentro das hipóteses do art. 132, do Código de Processo Civil, configurando exceção à obrigatoriedade de ser o processo-crime julgado pelo Juiz que presidiu a instrução.

5. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

De início, quanto à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, verifica-se que as instâncias ordinárias, com base no conjunto fático-probatório presente nos autos, concluíram pela dedicação do Agravante ao tráfico de drogas, tornando inviável a aplicação da minorante, por ausência de um dos requisitos legais.

Ademais, a modificação desta conclusão exigiria amplo reexame de provas, o que é vedado pela Súmula n.º 07 deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO APLICAÇÃO, IN CASU. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONVICÇÃO FIRMADA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM EM OUTRAS PROVAS DISPOSTAS NOS AUTOS. REDUÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ÓBICE DISPOSTO NO ART. 44, I E III, DO CP. ACÓRDÃO A QUO FIRMADO NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULAS 7 E 83/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

[...]

8. O Tribunal a quo, ao examinar os requisitos exigidos para a aplicação da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entendeu que elementos fático-probatórios dos autos indicavam a participação do réu em organização criminosa. Rever tal conclusão encontra óbice na Súmula 7/STJ.

9. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

10. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1340818/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 18/12/2012; grifo acrescido.)

Outrossim, constata-se a partir do acórdão proferido no julgamento da apelação que, ao contrário do alegado pelo Agravante, as circunstâncias que levaram à aplicação da minorante para o corréu EDSON referem-se ao fato de que *"sua contribuição para o crime, não foi no mesmo patamar dos outros"*, pois *"era um simples comandado, sem poder de mando e de domínio da ação criminosa"* (fls. 787), e não há notícias de seu envolvimento com práticas criminosas de qualquer natureza.

Portanto, não se encontrando os corréus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por um deles.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (DUAS VEZES). PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE EXTENSÃO DA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR CONCEDIDA AOS CORRÉUS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. FUGA DO RÉU DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentada para a garantia da aplicação da lei penal, na medida em que, com a fuga do ora Paciente do distrito da culpa, transparece nítida sua intenção de se furtar à perseguição criminal do Estado. Precedentes.

2. Não se encontrando os corréus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por um deles.

3. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 240.570/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, IV DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 381, III DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IDENTIDADE DE SITUAÇÕES PROCESSUAIS NÃO CONFIGURADA. PEDIDO DE EXTENSÃO (ART. 580 DO CPP). QUESITOS. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROTESTO NO MOMENTO OPORTUNO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

[...]

III - Não havendo identidade de situações fático-processuais entre os co-réus, não cabe, a teor do art. 580 do CPP, deferir pedido de extensão de benefício obtido por um deles, qual seja, a anulação da r. sentença de pronúncia (Precedentes).

[...]

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido." (REsp 819.947/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 04/12/2006)

No mais, o Agravante não trouxe argumentos capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada, razão pela qual deve ela ser mantida por seus próprios fundamentos, *in verbis*:

"Primeiramente, quanto à alegada nulidade da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, segundo entendimento desta Corte, tal princípio (introduzido no sistema processual criminal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, ex vi do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal), deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º do Código de Processo Penal.

Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO EM RAZÃO DE FÉRIAS DO MAGISTRADO TITULAR. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A nova redação - dada pela Lei n.º 11.719/08 - do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, introduziu no sistema processual penal o princípio da identidade física do juiz. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido dispositivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o art. 132 do Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente.

2. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo enfatizou que o juiz titular se encontrava, no momento em que proferida a sentença condenatória, em gozo de férias, afastado de suas atividades. Tal a situação, apresenta-se legal a decisão que condenou o paciente pela conduta descrita no art. 155, § 4º, inciso I e IV, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal.

3. Habeas corpus denegado." (HC 200.002/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 01/02/2012.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONCUSSÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 381, INCISO III, DO CPP. EXPLICITAÇÃO DOS MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INEXISTÊNCIA. APLICÁVEL, POR ANALOGIA, O ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Adequadamente explicitados os motivos de fato e de direito suficientes à condenação, incabível a alegação de nulidade do édito condenatório por falta de motivação ou, então, que a sentença fundou-se em 'presunções e probabilidades'.

2. Segundo entendimento firmado nesta Corte Superior de Justiça, o princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, ex vi do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º do Código de Processo Penal. Por conseguinte, nos casos de convocação, licença, promoção ou outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, os autos passarão ao sucessor do magistrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Não tendo o Agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo desprovido." (AgRg no AG 1.406.476/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 29/03/2012; sem grifos no original.)

No caso dos autos, a sentença foi proferida por juiz diverso porque o magistrado que havia presidido a audiência de instrução e julgamento havia sido removido da comarca, como verificou o Tribunal, in verbis:

"No caso em desate, segundo se vê da certidão de fl. 643, segundo a qual, a antiga titular da Vara de Entorpecentes, Dra. Conceição de Lourdes Marsiano de Brito Cordeiro foi removida para a comarca de Bayeux, em 09 de junho de 2011, razão da sua substituição pelo Dr. Falkandre de Souza Queiroz, Juiz Auxiliar, que sentenciou o feito." (fl. 779)

Não há, portanto, nulidade a ser sanada.

No mérito, a Defesa pleiteia o redimensionamento da pena-base fixada em primeiro grau e parcialmente reformada pelo Tribunal a quo, o qual reduziu a pena de multa.

Consta dos autos que o ora Agravante, filho do narcotraficante Fernandinho Beira-Mar, foi preso em flagrante no terminal rodoviário de Campina Grande/PE, juntamente com outros dois acusados, ao tentar embarcar com 04 (quatro) quilos de cocaína. O acusado foi denunciado pelos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico, tendo sido condenado apenas como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

A sentença condenatória, fixou a pena nos termos a seguir, litteris:

"Com relação a LUAN MEDEIROS DA COSTA, passo à dosagem da pena, tendo em vista as circunstâncias judiciais do art. 59, CP:

- a) é primário;
- b) personalidade de pessoa comum, nada sendo apurado contra sua conduta social;
- c) motivo do ilícito é o ganho fácil;
- d) as consequências são as mais graves possíveis. Da forma como agiu, e pela quantidade de droga apreendida, o acusado contribuíra de forma eficaz para o aumento da criminalidade e das drogas em nossa já saturada sociedade, dando causa a outros sérios problemas sociais;

Considerando que a pena em abstrato prevista varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa, fixo a pena base 07 (sete) anos de reclusão, e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, que torno definitiva em face da ausência de outras atenuantes e agravantes, ou causa de aumento e diminuição da pena. Por conta dos antecedentes, deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33.

Tendo em vista as considerações tecidas por ocasião da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação da pena-base, a pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime fechado, em local a ser determinado pela VEP." (fls. 516/517)

A esse respeito, o Tribunal de origem assim se manifestou, in verbis:

"No que tange às penas, os três acusados protestam pela redução dos quantuns aplicados e a modificação do regime prisional imposto, inclusive com a substituição por restritivas de direitos.

A matéria atinente à fundamentação da pena e da negativa da redução, à luz do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, em relação ao corréu Luan Medeiros da Costa, já foi objeto de exame por esta Câmara em sede de habeas corpus, que assim, decidiu:

"Sobre a alegação de que a pena-base foi fixada acima do mínimo, sem a adequada fundamentação, esta também não tem como prosperar.

O magistrado, para aplicar a pena-base acima do mínimo legalmente cominado para o tipo, assim justificou, in verbis:

"Com relação a LUAN MEDEIROS DA COSTA, passo à dosagem da pena, tendo em vista as circunstâncias judiciais do art. 59, CP:

- a) é primário;*
- b) personalidade de pessoa comum, nada sendo apurado contra sua conduta social;*
- c) motivo do ilícito é o ganho fácil;*
- d) as consequências são as mais graves possíveis. Da forma como agiu, e pela quantidade de droga apreendida, o acusado contribuíra de forma eficaz para o aumento da criminalidade e das drogas em nossa já saturada sociedade, dando causa a outros sérios problemas sociais; (...), fl. 85.*

Desfundamentada é a decisão que não contém justificativa alguma para o quantum escolhido, dentre os parâmetros traçados pela própria lei. E esse não é o caso da sentença censurada, que respaldou a pena-base no motivo do crime, qual seja, o ganho fácil e nas graves consequências do delito, máxime diante da quantidade da droga apreendida, em torno de quatro quilos de cocaína, de efeitos devastadores não só para o consumidor mas para a sociedade como um todo.

[...]

Aliás, esse mesmo paradigma serve de espelho à repulsa do outro fundamento da impetração, atinente à não aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006.

É certo que o douto julgador, na sentença, apenas fez vaga referência à existência de antecedentes criminais. Nas informações é que restou esclarecido que Luan Medeiros da Costa responde a outro processo nesta Capital, também por tráfico de drogas, fl. 100.

A defesa apegase à corrente doutrinária e jurisprudencial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de que inquéritos e processos criminais em andamento não marcam antecedentes. E é assim que tem decidido esta Câmara.

Em todo caso, o magistrado não negou benefício levando em contas os maus antecedentes, mas, segundo entendeu, considerou o processo em andamento como fator impeditivo da redução pelo fato de dedicar-se o paciente ao tráfico de drogas.

Desse modo, e conforme o precedente supra, do STJ, a não redução da pena mostra-se plenamente justificada na sentença.

Assim, também afastado os fundamentos da inicial, referentes à falta de fundamentação da pena-base e da negativa de redução da pena. (...)”

Nesse caso, em relação ao acusado Luan Medeiros, não há mais que se perquirir acerca das razões que levaram o magistrado a impor a pena acima do mínimo e a não aplicar a causa redutora de que trata o §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.” (fls. 784/786)

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, para majorar a pena-base, as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis os motivos, as consequências do delito e a quantidade e natureza da droga.

Com relação aos motivos, observa-se que a circunstância judicial foi considerada desfavoravelmente ao Réu indicando elementos inerentes ao próprio tipo penal para a elevação da reprimenda, o que não é permitido.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EXAMINADO POR ESTA CORTE. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO À REVISÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA EM PARTE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

5. Constata-se constrangimento ilegal evidente no tocante à pena-base. **O magistrado, com relação à culpabilidade, os motivos e as consequências de ambos os crimes, limitou-se a tecer considerações de ordem genérica. Entendeu prejudiciais tais aspectos sem apontar motivação concreta, bem como utilizando-se de elementos inerentes ao próprio tipo penal, como o intuito de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

auferir riqueza e a disseminação do vício. O mesmo se deu quanto às circunstâncias do crime de associação, em que o Juiz restringiu-se a afirmar serem "graves para a paz pública". Contudo, quanto ao crime de tráfico de drogas, justifica-se a fixação da sanção acima do piso, pois o Juiz ressaltou as circunstâncias desfavoráveis do delito, em especial a quantidade e natureza da droga (mais de 1 kg de crack), questões, inclusive, preponderantes, a teor do art. 42 da Lei 11.343/06.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a sanção imposta à paciente a 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 1.000 (mil) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão." (HC 197.673/ES, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 18/02/2013; sem grifo no original.)

É de se ressaltar que "a ganância para auferir lucro fácil e imediato em detrimento da saúde pública é inerente ao tipo penal do narcotráfico, não servindo para autorizar a elevação da pena na primeira etapa da dosimetria" (HC 103.746/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 03/08/2009).

Nesse sentido, trago à colação outros precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA APENAS QUANTO À SEGUNDA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO DE SOLTURA PREJUDICADO. 1. **Não obstante devidamente valoradas a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime, a obtenção de lucro fácil é circunstância inerente ao delito de tráfico de drogas, sendo certo que o aumento da reprimenda com base nesse último argumento é causa de constrangimento ilegal.** [...]. 5. Habeas corpus julgado prejudicado em parte e concedida parcialmente a ordem para reduzir a pena imposta ao paciente na ação penal de que se cuida a 6 anos, 7 meses e 21 dias de reclusão e 650 dias-multa." (HC 120.998/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Des. Convocado do TJ/CE –, DJe de 25/10/2010.)

E ainda:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE EM RELAÇÃO A UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...]. III - *Na hipótese dos autos, verifica-se que a sentença de primeiro grau carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão dos motivos do crime. Apenas, nessa parte, foram consideradas expressões genéricas que integram a própria conduta descrita no tipo, tais como 'busca de lucro fácil' e 'detrimento da dependência dos clientes'. Ante o exposto, denego a ordem. Outrossim, concedo o habeas corpus de ofício, para anular a r. decisão condenatória, unicamente quanto à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida pelo e. Tribunal a quo, com nova e motivada fixação da reprimenda, nos termos delineados no acórdão.*" (HC 129.225/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 30/11/2009.)

Bem assim com relação às consabidas e ordinárias consequências que o tráfico gera à sociedade, que – a despeito de serem indesejadas –, não podem ensejar a valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena, sem fundamentação concreta.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUALIDADE E QUANTIDADE DE DROGA. ARGUMENTO SUFICIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime não podem ser apontadas como desfavoráveis ao acusado se, para sua consideração negativa, o magistrado utilizou apenas elementos inerentes à caracterização do delito, como a vontade livre e consciente de agir, a difusão da droga e a busca pelo lucro fácil, enfatizando a gravidade abstrata do delito, não sendo nenhum desses argumentos aptos a justificar a exacerbação da reprimenda básica. Da mesma forma, o número de integrantes, no que tange ao delito de associação para o tráfico - in casu, quatro -, não constitui argumento idôneo para o implemento da pena-base. 2. Encontra-se fundamentado, de outro lado, no que tange ao crime de tráfico, o acréscimo da pena-base em razão da qualidade e quantidade de droga, diga-se, três porções de cocaína apreendidas com o acusado, além de 475,281 gramas da mesma droga, mantidas em depósito. 3. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que integra organização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa, inclusive tendo sido condenado pelo delito de associação para o tráfico, além de, segundo conclusão das instâncias ordinárias, se dedicar a atividades criminosas, pois não foram preenchidos todos os requisitos legais. 4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 6 meses de reclusão, e 450 dias-multa, quanto ao delito de tráfico, e 2 anos e 6 meses de reclusão, e 650 dias-multa, no que tange ao delito de associação para o tráfico, mantido o regime fechado para início de seu cumprimento." (HC 193.944/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Des. Convocado do TJ/CE –, DJe de 25/04/2011 - sem grifos no original.)

Assim, muito embora se verifique que há elementos suficientes para que a pena-base seja fixada em quantidade superior ao mínimo legal (v.g. quantidade da droga), tal operação deve ser feita de forma proporcional e, ainda, excluindo-se da análise as circunstâncias valoradas de forma negativa ilegalmente, quais sejam, a motivação e as consequências do crime.

Por fim, quanto à alegação de que na hipótese deveria ter sido aplicada a causa de diminuição da pena prevista no § 4.^o, do art. 33, da Lei n.^o 11.343/06, sorte não assiste ao Recorrente.

Nos termos do § 4.^o do art. 33 da Lei de Drogas: "[...] nos delitos definidos no caput e no § 1.^o 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".

No caso dos autos, o Réu foi flagrado com grande quantidade – "cerca de quatro quilos de cocaína" (fl. 780) –, o que certamente afasta a possibilidade de incidência da referida minorante.

Exemplificativamente, verifica-se que, em casos semelhantes julgados por esta Corte Superior de Justiça, a posse de quantidades elevadas de entorpecentes foram suficientes para se concluir que o Réu é pessoa dedicada à criminalidade, com consequente negativa de concessão dos benefícios trazidos pela Lei n.^o 11.343/06. Confirmam-se:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.^o, DA LEI N.^o 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A sentença condenatória e Tribunal a quo, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, consideraram que a quantidade e a qualidade da substância entorpecente apreendida - 3.495g (três mil quatrocentos e noventa e cinco gramas) de cocaína, peso líquido - trouxe maior reprovabilidade à conduta do agente. E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

3. A apreensão de grande quantidade de entorpecente evidencia que o réu se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa, o que impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

5. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 179.518/SP, Rel. Min.ª LAURITA VAZ, 5.ª Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 06/03/2013.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO. SENTENÇA E ACÓRDÃO QUE ENTENDERAM AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO REDUTOR. DESCONSTITUIÇÃO QUE IMPLICA O REEXAME APROFUNDADO DE DAS PROVAS E FATOS CONSTANTES DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- As instâncias ordinárias não acolheram o pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, afirmando que o paciente se dedicava à atividade delituosa, integrando organização criminosa, afastando, portanto, os pressupostos autorizadores do reconhecimento da minorante.

- A grande quantidade e a natureza da droga, in casu, 1,6 kg (um quilo e seiscentos gramas) de cocaína, na forma de tijolo, são causas suficientes para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

- Para entender de modo diverso, desconstituindo o estabelecido, de maneira a permitir a aplicação do redutor,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário se faz o reexame completo e aprofundado das provas e fatos constantes dos autos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido." (HC 210.550/SP, Rel. Min.^a MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), 5.^a TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 25/02/2013; sem grifo no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). 2. AFERIÇÃO IN CONCRETO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. 3. APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI Nº 11.343/06. MAIOR GRAVAME AO PACIENTE. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/76. 4. ORDEM DENEGADA.

1. No julgamento do HC n.º 94.188/MS, em 16.11.2010, a Sexta Turma deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EREsp n.º 1.094.499/MG, da relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei n.º 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga - Lei n.º 6.368/76 -, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.

2. Na hipótese em apreço, o Colegiado estadual negou expressamente a aplicação da minorante prevista na Lei n.º 11.343/06, posto a expressiva quantidade da droga apreendida, a pena-base acima do mínimo legal, bem como o reconhecimento da dedicação do acusado à atividade criminosa.

3. De se manter a sanção imposta na condenação em face da Lei n.º 6.368/76, visto que a aplicação integral da Lei n.º 11.343/06 é mais gravosa ao paciente.

4. Ordem denegada." (HC 104.153/SP, 6.^a Turma, Rel. Min.^a MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 17/08/2011; sem grifo no original.)

Assim, passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base foi fixada em 07 (sete) anos de reclusão, sendo que a reprimenda abstratamente cominada ao mencionado delito é de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, porque as instâncias ordinárias verificaram a existência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis. A pena de multa foi redimensionada pelo Tribunal local em 700 (setecentos) dias-multa.

Afastada a análise desfavorável das circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referentes à aos motivos e consequências do delito, mostra-se razoável a redução da pena-base para 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, bem como da pena de multa para 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias multa. Quantum que torna-se definitivo em face da ausência de atenuantes, agravantes, causas de aumento ou redução a pena, como verificaram as instâncias ordinárias.

Quanto ao regime prisional, muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha - no julgamento do HC n.º 111.840/ES - declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, é de ser mantido o regime mais gravoso, no caso, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos de reclusão, tendo em vista a existência de circunstância judicial desfavorável ao Acusado.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, CONHEÇO do agravo e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para, reformando o acórdão recorrido no tocante à dosimetria da pena, proceder à readequação da reprimenda do Recorrente, nos termos explicitados." (fls. 1059/1071)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0307936-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 395.152 / PB**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120100219532 00120100219532004 001201002195324 120100219532
120100219532004 1201002195324 2072010

EM MESA

JULGADO: 06/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUAN MEDEIROS DA COSTA
ADVOGADOS : WELLINGTON CORRÊA DA COSTA JÚNIOR
ANTÔNIO TEODÓSIO JÚNIOR E OUTRO(S)
CYNTHIA DENIZE SILVA CORDEIRO DE LUCENA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
CORRÉU : OTÁVIO LUIZ ANDRADE NOVAIS
CORRÉU : EDSON CUNHA ATHAIDE FILHO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUAN MEDEIROS DA COSTA
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.