



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.747 - BA (2010/0105612-0)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : ANDRÉ LUIZ CORREIA AMORIM E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : DANIEL SANTANA MIRANDA

EMENTA

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS. INEXISTÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS. DADOS INTRÍNSECOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 MAIS BENÉFICA. SUBSTITUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

II. Hipótese na qual o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 12 da lei 6.369/76.

III. Magistrado singular que reputou desfavoráveis a quantidade de droga apreendida, a personalidade do réu, que não apresentou arrependimento ou tendência à reabilitação, e as consequências danosas do crime.

IV. A valoração negativa da personalidade do agente deve encontrar respaldo em elementos concretos dos autos, sendo insuficientes meras ilações a respeito de tendências criminosas ou arrependimento.

V. A justificativa de que a conduta do réu colabora com a propagação das drogas não autoriza o aumento da pena-base, por configurar fato inerente ao próprio tipo de tráfico de drogas.

VI. A quantidade da substância entorpecente apreendida é circunstância que, por si só, justifica o aumento da pena base acima do mínimo legal.

VII. A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

VIII. Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas tanto na fixação da pena-base quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

IX. Remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para readequação da pena-base, mantida a redução de 1/6 da pena.

X. Afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, deve ser reconhecido o direito do paciente ao pleito da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Julgador monocrático verificar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei.

XI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.747 - BA (2010/0105612-0)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que denegou ordem impetrada em favor de Daniel Santana Miranda, nos termos da seguinte ementa:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANDAMUS JULGADO EM 08.09.2009, TENDO SIDO DENEGADA A ORDEM À UNANIMIDADE. NÃO APRECIÇÃO DOS PEDIDOS FORMULADOS PELOS IMPETRANTES. DETERMINAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA QUE ESTE TRIBUNAL APRECIE O MÉRITO DO PRESENTE WRIT. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 12 DA LEI 6.368/76. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE GUARDANDO EM SUA RESIDÊNCIA CERCA DE 89 KG (OITENTA E NOVE QUILOS) DE MACONHA. CONDENAÇÃO À PENA DE 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 100 (CEM) DIAS-MULTA. FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO: 1. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INACOLHIMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. 2. APLICAÇÃO DA DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006 EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO SENTENCIADO. REDUÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). REPRIMENDA ADEQUADAMENTE FIXADA PELA MAGISTRADA A QUO. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. INACOLHIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO QUE O PREVISTO LEGALMENTE PARA A HIPÓTESE. POSSIBILIDADE. 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA, NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL." (fls. 300/301).

O paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei 6.368/76.

Insurgindo-se contra a dosimetria da pena aplicada, o paciente impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que não conheceu da ordem. Posteriormente, esta Corte, nos autos do *Habeas Corpus* 150.045/BA, concedeu ordem de ofício, determinando que o Tribunal *a quo* examinasse o mérito da controvérsia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em nova análise, o Tribunal Estadual conheceu mas denegou a ordem, mantendo o apenamento nos moldes fixados em primeiro grau.

Na presente impetração, pugna pela aplicação da pena-base no mínimo legal e pela incidência da diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar de 2/3, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Informações prestadas às fls. 319/323.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 333/334).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.747 - BA (2010/0105612-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que denegou ordem impetrada em favor de Daniel Santana Miranda.

Na presente impetração, pugna pela aplicação da pena-base no mínimo legal e pela incidência da diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar de 2/3, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Passo à análise da irresignação.

O Juiz de primeiro grau fixou a pena nos seguintes termos:

"Para aplicação da pena, analisando-se os elementos insertos no art. 59 do Código Penal, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que o acusado, no que tange à culpabilidade, praticou atos que merecem reprovação uma vez que o tráfico de drogas, sob qualquer forma, não põe em risco somente os usuários que vier a consumi-las, mas a sociedade como um todo que fica a mercê dos desatinos daqueles que estão sob sua influência maléfica.

A vida anteacta do Acusado não é de todo reprovável, não havendo registro de antecedentes criminais, fazendo, pois jus, à diminuição da pena prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, contudo a quantidade de droga apreendida, mais de 89 Kg é mais do que elevada.

Sua personalidade não demonstrou nenhuma espécie de arrependimento ou tendência a reabilitação, pois tenta negar os fatos.

As consequências do crime são danosas, pois, como ressaltado acima, a principal vítima da propagação de drogas é a coletividade, sobretudo, as pessoas mais jovens e inexperientes, que se tornam as maiores vítimas.

Por tais motivos, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, diminuindo-a em 1/6, aplicando-se retroativamente o parágrafo 4º, art. 33, da Lei 11.343/06, tornando definitiva a pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses à falta de outras atenuantes ou agravantes e outras causas de aumento ou diminuição, a ser cumprida em regime inicialmente fechado na Penitenciária Lemos de Brito." (fl. 28).

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ao revisar o apenamento, assim decidiu:

"A pena abstratamente cominada para o crime tipificado no art. 12 da então vigente Lei n.º 6368/76 é de reclusão, de 03 (três) a 15



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

...

Na primeira fase da dosimetria da pena, a Sentença recorrida não merece qualquer reparo, pois não houve excesso na fixação da pena-base.

Na hipótese sob exame, a fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra-se plenamente justificada em elementos concretos extraídos dos autos, devendo ser levada em consideração, inclusive, a elevada quantidade de droga apreendida.

Ademais, reconhecidas como desfavoráveis algumas das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal."

A pena *in abstracto* cominada para o crime, nos termos da lei vigente à época dos fatos, era de 3 a 15 anos de reclusão.

Nota-se que o Magistrado singular, além de considerar a quantidade da droga apreendida, reputou desfavoráveis a personalidade e as conseqüências do crime, tendo majorado a pena-base em 2 anos de reclusão.

Deve ser ressaltado, inicialmente que a valoração negativa da personalidade do agente deve encontrar respaldo em elementos concretos dos autos, sendo insuficientes meras ilações a respeito de tendências criminosas ou arrependimento.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. EXTORSÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. NULIDADE. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES NÃO DEMONSTRADOS. AUMENTO JUSTIFICADO APENAS EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO QUE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INICIALMENTE PREVÊ. POSSIBILIDADE, ANTE A CONFIGURAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. A regra anterior à Lei n.º 11.719/08 era a de que a ausência da defesa prévia não causa de nulidade, desde que, como na hipótese, tenha sido dada a oportunidade para a sua apresentação. Matéria fulminada pelo fenômeno processual da preclusão. Precedentes.

2. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. A menção genérica e desprovida de fundamentação quanto aos motivos do crime e aos maus antecedentes não se presta a majorar a pena-base, notadamente se relativamente o magistrado não demonstra a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado, única



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese que enseja a incidência da referida circunstância judicial. Incidência da súmula 444.

4. A aferição da personalidade do apenado somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

5. Tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, diante da existência de condições judiciais desfavoráveis ao réu, tanto que estabelecida a pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

6. Ordem parcialmente concedida, a fim de, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado." (HC 120.342/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 18/10/2010).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

III - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009.)

Ademais, deve restar consignado que a justificativa de que a conduta do réu colabora com a propagação das drogas não autoriza o aumento da pena-base acima do mínimo legal, por configurar fato inerente ao próprio tipo penal, qual seja, o tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A corroborar tal entendimento, os julgados a seguir:

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA BASE. REFERÊNCIAS GENÉRICAS. INCREMENTO INDEVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO.

1. A fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas. A referência genérica a dolo direto, a ações penais em curso, a má conduta social, a personalidade audaz, que seria voltada para o crime e à motivação de emprego futuro da arma como forma de potencializar as práticas delitivas, não autoriza a exasperação da reprimenda penal.

2. Ordem concedida para redimensionar a pena corporal, aplicada nos autos da ação penal n. 019/2.06.0010597-8, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Novo Hamburgo/RS, para três anos de reclusão, sanção que deverá ser substituída por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, com base no tempo de pena que ainda resta a ser cumprido, já que presentes os requisitos para tanto, devendo o Juízo das Execuções Criminais, nos termos do artigo 147 e seguintes da Lei n.º 7.210/84, promover a sua execução." (HC 100.197/RS, DJe de 22/03/2010, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE 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.

I - "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial" (Súmula nº 241/STJ). No caso em tela, tal preceito foi observado. O paciente possuía maus antecedentes, o que embasou o aumento da pena-base, e, também, era, mais de uma vez, reincidente, fato que provocou a incidência da agravante prevista no art. 61, I, do CP.

II - Por outro lado, a pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art.

93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, DJe 30/11/2009, Rel. Ministro FELIX FISCHER).

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. APLICAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. MESMA ANOTAÇÃO CRIMINAL. DUPLA VALORAÇÃO PELO MESMO FATO. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. OFENSA À SÚMULA 241 DESTE STJ. RECONHECIMENTO PELA CORTE ORIGINÁRIA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE FAZIA DEVIDA. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS PRÓPRIOS DO DELITO. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ILÍCITO. DESFAVORABILIDADE. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO

1. Reconhecida a violação ao princípio do ne bis in idem e à Súmula n. 241 do STJ pela Corte originária, pois a circunstância judicial (maus antecedentes) e a legal (reincidência) derivavam do mesmo fato (mesma anotação criminal), merecia reduzida a sanção básica imposta ao agente.

2. **Mostra-se inviável considerar como desfavoráveis ao paciente circunstâncias inerentes à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.**

3. **Constitui evidente constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto sem a devida fundamentação ou com a utilização de elementos próprios do tipo penal violado.**

4. Remanescendo uma circunstância judicial negativa, consistente nas circunstâncias em que se deu o delito, devidamente justificada na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo.

5. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena imposta ao paciente, que resta definitiva em 5 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, por violação ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnados." (HC 121.719/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/10/2009).

No presente caso, no entanto, conforme já referido, o Magistrado considerou também, para o aumento da pena-base, a quantidade da droga apreendida (89 Kg de maconha), entendimento que encontra respaldo na jurisprudência desta Corte. Confira-se, a propósito, os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes precedentes:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 12, CAPUT, DA LEI 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 11.343/2006 E DE SEU ART. 33, § 4º. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STJ. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PERÍODO DE TEMPO SUPERIOR A CINCO ANOS. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE SOMENTE EM RELAÇÃO A DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

*I – Não se conhece de recurso especial, por **ausência de prequestionamento**, se a matéria não foi debatida no v. acórdão hostilizado (Súmula n.º 282 do STJ). Tal se dá, no caso, em relação à possibilidade, ou não, de aplicação retroativa da Lei nº 11.343/2006, em especial de seu art. 33, § 4º.*

*II - Ainda que, segundo expressa determinação legal, a condenação anterior não prevaleça para efeito da reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 05 (cinco) anos, para efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá (**Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso**).*

*III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes do STF e STJ**).*

IV - In casu, verifica-se que o v. acórdão atacado apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da culpabilidade, motivos, conseqüências do crime e comportamento da vítima.

*V - Entretanto, há fundamentação concreta para elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange à circunstâncias do crime e aos maus antecedentes do agente. Com efeito, a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas são circunstâncias que justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal (**Precedentes do STJ e do STF**).*

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido." (REsp. 111409/RS, Rel. Min. Felix Fisher, DJ de 27/09/2010).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO PELA CORTE ORIGINÁRIA. ALEGADA NÃO APRECIACÃO DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inviável a aferição do alegado cerceamento de defesa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrente da suposta falta de análise de todas as teses defensivas esposadas, quando não foram trazidas à colação nem as alegações finais nem as razões de apelação, o que não permite aferir se, quando da condenação e do julgamento do apelo defensivo, não foram, de fato, apreciadas todas as teses levantadas, como se alega.

NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE PARA O CORRÉU. MESMA FUNDAMENTAÇÃO APLICADA À PACIENTE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DE NATUREZA OBJETIVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que o sentenciante, para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto, levou em consideração, na dosimetria da pena, também a elevada quantidade, a diversidade e a nocividade das substâncias entorpecentes apreendidas, dentre as quais mais de 5 kg (cinco quilos) de cocaína, inviável o reconhecimento da alegada ausência de fundamentação do édito condenatório quanto à aplicação da pena, eis que atuou em consonância com o preceituado no art. 42 da Lei 11.343/06.

3. Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, quando, embora utilizada a mesma fundamentação para o corrêu, verifica-se que todas as circunstâncias negativamente valoradas são de natureza eminentemente objetiva - natureza e quantidade da droga -, comuns a ambos os acusados.

4. Ordem denegada." (HC 124.128/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 10/09/2010).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO. ORDEM ANTERIORMENTE CONCEDIDA. PERDA DOS EFEITOS. ANULAÇÃO DO PROCESSO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ABOLITIO CRIMINIS. ART. 18, INCISO III, LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FIXAÇÃO PELA QUANTIDADE DA REPRIMENDA QUE RESTA PARA SER CUMPRIDA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO TRIFÁSICO NÃO OBSERVADO. LEI N.º 11.464/2007. INAPLICABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTERIORIDADE DA PRÁTICA DELITIVA.

1. Não mais produz efeitos a ordem parcialmente deferida por esta Corte no HC n.º 56.784/MS, tendo em vista que, posteriormente, o acórdão condenatório objeto do referido writ foi, juntamente com a sentença, anulado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual declarou a nulidade ab initio do processo, pela falta de observância do rito da Lei n.º 10.409/2002.

2. Verifica-se não haver interesse processual no que diz respeito à exclusão da causa especial de aumento prevista no art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, uma vez que o Magistrado de primeiro grau, ao proferir a nova sentença, efetivou tal providência, mantida pelo acórdão impetrado.

3. Se a sentença e o acórdão utilizaram-se da confissão espontânea para corroborar o acervo provatório e concluir pela condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal).

4. Não prospera a pretensão de que seja estabelecido o regime aberto ou substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, tão-só em razão do tempo de pena que ainda restaria para ser cumprido, por inexistir qualquer dispositivo legal que ampare o pleito.

5. Constata-se ilegalidade na fixação da pena-base do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida bem acima do mínimo legal pois, à exceção da quantidade e qualidade da droga apreendida, que exacerba a culpabilidade dos Réus, por demonstrar um maior grau de reprovabilidade da conduta, nenhuma outra circunstância judicial do art. 59 do Código Penal teve sua valoração negativa fundamentada em dados concretos.

6. Inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Aplicação da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.

7. Embora estabelecidas as reprimendas acima do mínimo legal, no tocante ao delito de porte ilegal de munição de arma de fogo, constata-se que sequer houve análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, tampouco, observou-se o critério trifásico na dosimetria da pena.

8. A Lei n.º 11.464/2007, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar os delitos praticados antes de sua entrada em vigor.

9. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, concedida parcialmente, apenas para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, no tocante ao Paciente JOÃO JOSÉ DE MASSENA FILHO. Habeas corpus concedido, de ofício, em relação ao mesmo Paciente, reduzindo a pena imposta pelo crime de tráfico para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pelo crime de porte ilegal de munição de arma, para 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias. Também, de ofício, concedido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus à Paciente, CRISTINA APARECIDA DOS SANTOS, a fim de diminuir a pena imposta para o delito de porte ilegal de munição de armas para 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias. De ofício, igualmente, concedido habeas corpus a ambos os Pacientes para que a progressão de regime prisional, também em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, observe o art. 112 da Lei n.º 7.210/84, ficando afastada a aplicação da Lei n.º 11.464/07." (HC 107.197/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 27/09/2010).

Diante desse quadro, isto é, considerando a jurisprudência desta Corte no sentido de que a quantidade da substância entorpecente apreendida é circunstância que, por si só, justifica o aumento da pena base acima do mínimo legal, tem-se como necessária a fixação da pena-base em patamar acima mínimo legalmente previsto.

No entanto, na hipótese presente, em que remanesce como desfavorável ao agente para fins de dosimetria apenas a quantidade da droga apreendida, eis que afastadas as demais (personalidade e consequências do crime), e em se tratando de réu primário e de bons antecedentes, não se apresenta razoável o aumento da pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, o que deve ser readequado.

Quanto ao percentual de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, considerada a discricionariedade do julgador, o mesmo deve obedecer as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, com preponderância da natureza e quantidade de droga apreendida, personalidade e conduta social do agente.

Quanto ao tema, assim se manifestou o Tribunal *a quo*:

"Também não merece guarida o pleito de diminuição da pena na fração máxima permitida, ou seja, 2/3 (dois terços), justamente porque as circunstâncias do art. 59 do Código Penal não foram consideradas, em sua totalidade, favoráveis ao Apelante." (fl. 304).

No presente caso, o Juiz sentenciante levou em consideração, na fixação do patamar de redução, novamente, a quantidade de droga apreendida (89 quilos de maconha), aplicando a redução na fração de 1/6.

Nos termos do art. 42 da lei 11.343/2006, com efeito, a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas tanto na fixação da pena-base quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Sendo assim, tenho como razoável o patamar de redução fixado na sentença condenatória, dada a grande quantidade de droga apreendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, remetam-se os autos ao Juízo de primeiro grau para readequação da pena-base, nos moldes aqui determinados, mantendo-se a fração de redução em 1/6.

Em se tratando de crime cometido sob a égide da lei anterior e afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, deve ser verificada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Julgador monocrático a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei (AgRg no REsp 929.309/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 23/08/2010; HC 151.498/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23/08/2010)

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0105612-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 175.747 / BA

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 322375 3223752009 59399262004 756843200980500000

EM MESA

JULGADO: 02/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRÉ LUIZ CORREIA AMORIM E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

PACIENTE : DANIEL SANTANA MIRANDA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário