



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 145.254 - RJ (2009/0162398-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : FLÁVIO JORGE MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EMERSON PINTO FAÍSCA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AÇÕES PENAIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES E MÁ CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. MITIGAÇÃO DEVIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes ou de má conduta social para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRIMARIEDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ANÁLISE FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Embora tecnicamente primário, infere-se que o acórdão combatido negou a aplicação da causa especial de diminuição em comento por considerar que o sentenciado se dedicaria a prática do crime de tráfico de entorpecentes, tendo sido, inclusive, condenado pelo cometimento desse delito em concurso de agentes. Ressaltou, além disso, estar o paciente respondendo a outros processos criminais por fatos semelhantes, o que demonstra, desse modo, não ser merecedor da benesse ora almejada.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. *Habeas corpus* concedido em parte apenas para restabelecer a sentença de primeiro grau no ponto em que fixou a reprimenda-base do paciente no mínimo legal, aumentando-a em 1/6 (um sexto), nos termos do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, tornando a sua sanção definitiva em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão objurgado.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 145.254 - RJ (2009/0162398-0)

IMPETRANTE : FLÁVIO JORGE MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EMERSON PINTO FAÍSCA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de EMERSON PINTO FAÍSCA, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 2009.050.00139, interposta pelas partes, deu parcial provimento ao recurso defensivo para absolver o paciente do delito insculpido no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, e proveu em parte o apelo ministerial a fim de afastar a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas e aumentar a reprimenda-base imposta ao paciente, tornando a sua sanção definitiva em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença que o condenou pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, em regime inicial fechado.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a Corte de origem não teria apontado elementos concretos que justificassem o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ressaltando que o acusado faz jus ao benefício, consoante reconhecido em primeiro grau.

Considera, outrossim, que a reprimenda do paciente teria sido indevidamente exacerbada pelo Tribunal impetrado, em inobservância ao princípio da proporcionalidade.

Requer a concessão da ordem para *"adequar a pena-base aplicada ao paciente pelo delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e restabelecer a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, como assentado na r. sentença monocrática"* (fl. 14).

Informações prestadas a fls. 54-80.

O Ministério Pública Federal, em parecer de fls. 82-92, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 145.254 - RJ (2009/0162398-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n.º 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta nas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em análise, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 195 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, e à reprimenda de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, e 272 dias-multa, pelo cometimento do delito insculpido no art. 35, *caput*, da mencionada Lei Federal, de maneira que, em razão do reconhecimento da continuidade delitiva, ficou a sanção do paciente definitiva em **2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 467 (quatrocentos e sessenta e sete) dias-multa.**

Irresignadas, as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido dado parcial provimento ao recurso defensivo para absolver o paciente do delito insculpido no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, e provido em parte o apelo ministerial para excluir a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nova Lei de Drogas e aumentar a reprimenda-base imposta ao paciente, tornando a sua **sanção definitiva em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa**, mantendo, no mais, a sentença que o condenou pela prática do crime de tráfico de drogas.

Relativamente à aventada ilegalidade na exasperação da reprimenda-base, imposta ao paciente pelo crime de tráfico de entorpecentes, necessário, para melhor elucidação da questão, transcrever-se o trecho do acórdão impugnado nesse ponto:

"Quanto à reprimenda, considerando a personalidade de EMERSON, voltada para a prática sistemática de tráfico de entorpecentes, por ser esta a terceira vez que responde a processo pela prática de delito de tráfico e de associação para o tráfico, ainda, que absolvido em um deles, a demonstrar a sua má conduta social, sua pena-base deve ser exasperada, sendo fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa." (fl. 45)

No que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo o togado singular guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a sanção básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

No entanto, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve 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 n.º 11.343/06.

In casu, verifica-se que a egrégia Corte impetrada, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP - inicialmente consideradas todas favoráveis pelo juiz sentenciante -, julgou adversas ao paciente a personalidade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta social.

De acordo com precedente desta Quinta Turma, *"a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito"* (HC n.º 50.331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17-5-2007, DJ 6-8-2007).

E, consoante CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT: *"Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu"* (Código Penal Comentado, 2ª ed., pág. 212).

Já a análise da conduta social do agente *"abrange seu comportamento no trabalho e na vida familiar, ou seja, seu relacionamento no meio em que vive"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 188).

Na hipótese que se apresenta, o Tribunal impetrado considerou negativas essas circunstâncias judiciais, ao argumento de que a personalidade seria *"voltada para a prática sistemática de tráfico de entorpecentes, por ser esta a terceira vez que responde a processo pela prática de delito de tráfico e de associação para o tráfico, ainda, que absolvido em um deles, a demonstrar a sua má conduta social"* (fl. 45), sem, no entanto, ter apontado qualquer condenação anterior transitada em julgado que justificasse maior reprimenda na primeira etapa da dosimetria, e, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Colendo STF, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de inocência.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE RECONHECIDA.
CONDENAÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. ÓBICE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

[...]

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, o qual deverá aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), observado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão." (HC n.º 134.704/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-9-2009, DJe 19-10-2009)

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Dessa forma, justamente porque verificado que o paciente é tecnicamente primário e que não foram apontados elementos aptos a justificar a elevação da pena-base para o patamar aplicado, e considerando que não foi reconhecida qualquer circunstância judicial desfavorável, merece ser reformado o acórdão impugnado nesse ponto, a fim de **restabelecer a sentença condenatória na parte em que fixou ao paciente a sanção-base no mínimo legalmente previsto, qual seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.**

No que tange à causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o juiz singular entendeu que estariam devidamente preenchidos os requisitos necessários para o seu reconhecimento, razão pela qual aplicou-a no patamar máximo de 2/3 (dois terços), pelos fundamentos a seguir descritos:

"[...] não há prova de serem os réus reincidentes, se presumindo primários e de bons antecedentes. Também não há nos autos nada que indique que se dedicam como meio de vida a atividades criminosas, que não as do tráfico de drogas, ou que integrem organização criminosa. O fato de se dedicarem com estabilidade ao tráfico de drogas não significa que façam parte de outra atividade criminosa. E mais, entendo que, mesmo em concurso com o artigo 35, não há impedimento à aplicação do artigo 33, § 4º, todos da Lei 11.343/06, pois, neste parágrafo, quis o legislador impedir a causa de diminuição de pena para os casos em que o criminoso pratica outros crimes que não os da Lei de Drogas, já que, se assim não fosse, não colocaria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposição expressa quanto à estabilidade no artigo 35. Ressalto que não existe faculdade 'pro reo' e que em tal caso o pode, quer dizer, é obrigatório.

Assim, demonstrada a obrigatoriedade da aplicação do parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, sem nenhuma restrição a sua aplicação. E, como a sua aplicação é mais benéfica para o réu, fica no seu máximo, reduzindo em dois terços a pena, que fica em 1 ano, 11 meses, 10 dias e 195 dias-multa para cada réu." (fls. 35-36)

A egrégia Corte impetrada, instada a se manifestar, deu provimento ao recurso ministerial a fim de afastar a incidência da benesse em questão, por entender que *"nenhum dos dois réus faz jus à redução de pena autorizada pelo § 4º do artigo 33 da sobredita Lei nº 11.343/2006, uma vez que não preenchem os requisitos necessários, por se dedicarem ao tráfico de drogas, independentemente de não participarem de outras atividades criminosas, tanto que já eram conhecidos dos policiais como traficantes, sendo que, em relação a Emerson, há ainda o obstáculo de sua péssima conduta social"* (fl. 45).

Ademais, nota-se dos autos, que, muito embora tenha sido aplicada em primeiro grau a redução prevista no art. 33, § 4º, da mencionada lei, deixou o magistrado singular assentado que *"o fato de se dedicarem com estabilidade ao tráfico de drogas não significa que façam parte de outra atividade criminosa."* (fl. 35), fator esse suficiente a corroborar o descabimento do benefício ao caso em tela, visto que apontada a incursão do réu no tráfico.

Desta feita, não obstante seja tecnicamente primário, infere-se que o acórdão combatido negou a aplicação da causa especial de diminuição em comento por considerar que o sentenciado se dedicaria a prática do crime de tráfico de entorpecentes, tendo sido, inclusive, condenado pelo cometimento desse delito em concurso de agentes. Ressaltou, além disso, estar o paciente respondendo a outros processos criminais por fatos semelhantes, o que demonstra, desse modo, não ser merecedor da benesse ora almejada.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA CONCRETIZADA: 8 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. APREENSÃO DE 1.55 KG DE COCAÍNA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REDUTOR DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ATENUAÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO. INVIABILIDADE ANTE A AFIRMAÇÃO DE POSSE DE SACOLA ONDE FOI LOCALIZADA A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, PORÉM DESCONHECIMENTO DE SEU CONTEÚDO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. **Na hipótese, inviável a aplicação do redutor do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 no caso concreto, pois, apesar da primariedade do acusado, há dedicação à atividade criminosa como impedimento à pretensão redutiva, consoante afirmado pelo douto sentenciante.**

(...)

4. Ordem denegada, em consonância com parecer ministerial." (HC n.º 139.635/SP, QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29-10-2009, DJe 30-11-2009). (Grifos próprios)

E, assim decidindo, não se pode dizer que a Corte originária incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se efetivamente se dedicaria ou não ao tráfico de drogas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse vértice, confira-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO IV, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DIANTE DA NECESSIDADE DE PROFUNDO EXAME DO MATERIAL PROBATÓRIO. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO EM FLAGRANTE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL.

I - A aplicação da causa de diminuição da pena constante no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 somente é possível, em sede de habeas corpus, quando não demanda exame de prova (HC 81.781/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJU de 17/09/2007). Na hipótese dos autos, restou afirmado no v. acórdão que "resta evidenciada a participação desse agente numa organização criminosa (...)", o que somente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a partir da análise profunda do material probatório poderia ser infirmado, o que a toda evidência, é medida incabível na via de cognição estrita do habeas corpus. [...] Ordem denegada" (HC 147.803/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 23/08/2010 - grifamos).

Ante o exposto, concede-se em parte a ordem para restabelecer a sentença de primeiro grau no ponto em que fixou a reprimenda-base do paciente no mínimo legal, aumentando-a em 1/6 (um sexto), nos termos do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, tornando a sua sanção definitiva em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão objurgado.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0162398-0

HC 145.254 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070140058877 200905000139

EM MESA

JULGADO: 28/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FLÁVIO JORGE MARTINS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : EMERSON PINTO FAÍSCA

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

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 Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário