



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.678 - RJ (2010/0105022-2)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOHNNY WILSON PEREIRA DUTRA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. DOSIMETRIA. PENAS-BASES. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. MAJORAÇÃO. RAZOABILIDADE. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE. MAJORANTE. POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO. ROUBO. PENAS-BASES. EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A via estreita do *habeas corpus* não se presta ao revolvimento da matéria fático-probatória.
3. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.
4. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.
5. Os aumentos da pena em 1 ano para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia, respectivamente, de 5 a 15 anos, e da pena em 6 meses para o crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, cuja pena em abstrato varia de 3 a 10 anos, são razoáveis, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados.
6. A condenação pelo delito de associação para o tráfico justifica a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
7. A fixação das penas-bases acima do mínimo legal, quanto aos crimes de posse de arma e roubo, sem a apresentação de justificativa idônea configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.
8. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para fixar a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente em 17 anos e 5 meses e 10 dias de reclusão e 1.320 dias-multa, em regime inicial fechado.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de maio de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.678 - RJ (2010/0105022-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JOHNNY WILSON PEREIRA DUTRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de Johnny Wilson Pereira Dutra, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa.

Sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal decorrente (a) da sua condenação pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 sem provas suficientes; (b) da não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; (c) da sua condenação pelo art. 16, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2006 ao invés de ter sido aplicada a majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas; (d) da exasperação das penas-bases acima do mínimo legal sem a apresentação de elementos concretos; (e) da aplicação da fração de 2/5 para as majorantes referentes aos roubos, sem fundamentos concretos. Requer, por fim, a fixação de regime menos gravoso.

Sem pedido liminar, prestadas as informações e ouvido o Ministério Público Federal, vieram os autos conclusos.

Conforme informações prestadas em 24/4/2015, pelo juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro (fl. 178), o paciente cumpre pena em regime semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.678 - RJ (2010/0105022-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

No tocante ao pedido de absolvição, a via estreita do *habeas corpus* não se presta ao revolvimento da matéria fático-probatória, como ocorre quando a decisão é atacada sob alegações de insuficiência e/ou má apreciação das provas, devendo a coação ser manifestamente ilegal. Confira-se: HC n. 304.647/RS – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 06/04/2015; AgRg no HC 234268/RJ – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Regina Helena Costa – DJe 09-10-2013; HC n.º 189209/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 05-03-2012; HC n.º 187132/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 18-02-2013; HC n.º 167670/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 14-08-2012.

Por outro lado, como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Sobre a dosimetria, o Tribunal *a quo* assim dispôs (fls. 75/76):

"[...] Também não assiste razão ao apelante quando busca a aplicação do artigo 40 da Lei 11343/06, pois, tal reconhecimento só se aplica quando o emprego do armamento se dá no mesmo contexto da situação fática de traficância.

[...]

Diante do texto legal, chega-se a inevitável conclusão de que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para que o agente responda pelo crime de tráfico com aumento de pena, é necessária a intenção de intimidar alguém ou certa coletividade empregando a arma de fogo com esse fim.

No caso vertente, não estava sendo empregada a granada para, por exemplo, afastar os policiais no momento da interceptação, ou para assegurar o delito de tráfico. Muito ao contrário, de modo que possível apenas a configuração de crime autônomo e não de aplicação da causa de aumento de pena, pois, se cuida de conduta não atrelada especificamente ao tráfico.

No que diz respeito condenação pelo crime de associação para o tráfico, todos os relatos asseguram, de forma harmônica, que o acusado é associado e exerce funções determinadas, no comando criminoso da favela do Morro do Chacrinha. Portanto, tipificada está a conduta do artigo 35 da Lei 11343/06.

Tal circunstância restou provada, pelo fato de que caso o apelante não se dedicasse às atividades criminosas, mesmo que eventualmente, não poderia estar comercializando (de forma avulsa) entorpecentes na localidade de Favela, por esta ser comandada pela facção criminosa, fato este publicamente conhecido.

Ratifica-se ser improvável que o apelante pudesse manter sob sua guarda granada e drogas, habitando o referido local, sem que contasse com o apoio do comando criminoso da 'favela', que para tanto, é preciso integrar o grupo. Sob estas circunstâncias, estar atuando de forma solitária ('carreira solo') é uma hipótese inexistente.

Ressalta-se, ainda que fosse a primeira vez que o acusado se associasse para a prática da traficância – o que não é o caso como restou evidenciado nos autos, através do próprio depoimento da mãe do acusado, tal circunstância não cria óbice para a condenação no delito em questão, vez que a associação para o tráfico de entorpecentes pode ser de forma reiterada ou eventual.

Melhor sorte não assiste ao pleito de diminuição da pena pela primariedade do apelante, com a incidência do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11343/06, no sentido de que não poderá ser reduzida a pena para àqueles que se dediquem ou integrem às atividades criminosas.

Pelo crime de roubo duplamente qualificado, comprovada está a autoria e materialidade, advinda do depoimento dos policiais e das vítimas, que reconheceram o apelante e de forma firme e segura, tanto em sede policial, quanto em Juízo, não deixando dúvida quanto a veracidade de suas declarações, assim como a pela guia de recolhimento do veículo encontrado em poder do apelante (fl. 46).

[...]

No que diz respeito a dosimetria das penas pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, a pena-base acima do mínimo legal em ambos os delitos afigura-se acertada, vez que bem fundamentada na grande quantidade e variedade de drogas apreendidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto as penas-base pelos crimes de armas e roubo, melhor sorte não socorre à defesa, pois a conduta do agente e as circunstâncias do crime justificam tal aumento, ante o cometimento estar adstrito à conduta de traficância, merecendo, portanto as mesmas justificativas.

Ainda, mantido o aumento à fração de 2/5, diante da presença de duas qualificadoras no crime de roubo, assim como o concurso formal à fração de 1/6, em razão do número de lesados. [...]."

Ao que se tem dos autos, no tocante aos crimes de tráfico e de associação, embora a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime sejam comuns ao tipo penal, a variedade e a grande quantidade de droga apreendida – 15g (quinze gramas) de material pulverulento amarelado, compactado, com consistência firme, substância entorpecente esta denominada Cocaína ('crack'), [...] 2,6g (dois gramas e seis decigramas) de material pulverulento de cor branca, substância entorpecente, denominada Cocaína, [...] 2,4g (dois gramas e quatro decigramas) de material vegetal resinoso, substância entorpecente esta denominada Haxixe, [...]; e 94g (noventa e quatro gramas) de erva seca, picada e prensada, substância entorpecente denominada Cannabis sativa, vulgarmente conhecida como Maconha, demonstram maior reprovabilidade da conduta e justificam a majoração da pena acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido: HC n. 299.532/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 07/04/2015; AgRg no REsp n. 1.472.871/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 26/03/2015; HC n. 313.905/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 11/03/2015; e HC n. 309.229/SP, Rel. Min. Felix Fischer – DJe 25/03/2015.

Ademais, os aumentos da pena em 1 ano para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia, respectivamente, de 5 a 15 anos, e da pena em 6 meses para o crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, cuja pena em abstrato varia de 3 a 10 anos, são razoáveis, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados. Nesse sentido: HC n. 305.849/RJ – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 11/03/2015; e HC n. 262.458/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP) – DJe 19/12/2014.

Noutro passo, é pacífico o entendimento desta Corte Superior de que a condenação pelo delito de associação para o tráfico justifica a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Nesse sentido: HC n. 305.553/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 14/11/2014; HC n. 246.676/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) – DJe 22/8/2014; e AgRg no AREsp n. 353.186/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 23/9/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante à aplicação da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos-probatórios dos autos, decidiu pela ocorrência do crime previsto no art. 16, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2006, tendo-se em vista que a arma apreendida não foi utilizada para a traficância, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do *habeas corpus*. A esse respeito: HC n. 261.601/RJ – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – DJe 19/12/2013; HC n. 183.438/RJ – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 1/8/2013; e HC n. 159.723/RJ – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/3/2012.

Por outro lado, quanto às penas-bases dos crimes de posse de arma de fogo de uso restrito e de roubo, verifica-se a presença de ilegalidade flagrante, consubstanciada na fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de justificativa idônea para o acréscimo, em manifesta inobservância ao princípio da individualização da pena, apta a justificar a concessão da ordem de ofício, motivo pelo qual passo a redimensionar a pena.

Quanto ao delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 10.826/2003, não há nos autos elementos concretos que ensejem a valoração negativa das circunstâncias judiciais quanto à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e ao comportamento da vítima, as consequências do crime, à personalidade e conduta social do paciente, motivo pelo qual fixo a pena-base em 3 anos de reclusão e 10 dias-multa, que torno definitiva, apesar do reconhecimento da atenuante da menoridade, em razão do disposto no enunciado 231 desta Corte (*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*), não havendo agravantes, majorantes ou minorantes.

Quanto aos delitos previstos no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, praticados com concurso formal, não há nos autos elementos concretos que ensejem a valoração negativa das circunstâncias judiciais, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

A pena deve ser mantida na segunda fase por não haver agravantes, apesar do reconhecimento da atenuante da menoridade, em virtude do disposto no enunciado 231 desta Corte (*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*).

No terceira fase de dosimetria, tendo-se em vista a ocorrência das majorantes relativas ao concurso de agentes e ao emprego de arma, aumento a pena na fração mínima, em 1/6, nos termos da Súmula 443/STJ (*o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*), resultando a pena em 4 anos e 8 meses de reclusão e 12 dias-multa. Não há minorantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando-se o concurso formal de crimes, cometidos contra patrimônios distintos, exaspero a pena em 1/6, nos termos do art. 70 do Código Penal, totalizando 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 14 dias-multa.

Tendo em vista que o paciente foi condenado: (a) a 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa (art. 33 da Lei n. 11.343/2006); (b) a 3 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa (art. 35 da Lei n. 11.343/2006); (c) a 3 anos de reclusão e 10 dias-multa (art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 10.826/2003); e (d) a 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 14 dias-multa (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal); somo, nos termos do art. 69 do Código Penal, as penas aplicadas, totalizando 17 anos e 5 meses e 10 dias de reclusão e 1.320 dias-multa.

Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

Não é cabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de *sursis*, considerando-se a quantidade de pena imposta, nos termos dos arts. 44, inc. I, e 77 do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem para fixar a pena do paciente em 17 anos e 5 meses e 10 dias de reclusão e 1.374 dias-multa, em regime inicial fechado.

Comunique-se, com urgência, ao juízo da execução, com cópia do presente acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0105022-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 175.678 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1414146620098190001 20090011419552

EM MESA

JULGADO: 07/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JOHNNY WILSON PEREIRA DUTRA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.