



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.679 - RJ (2010/0098731-2)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LUIZ CARLOS MONTEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO. CONSIDERAÇÕES ABSTRATAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na hipótese, do modo em que avaliadas, a personalidade, a conduta social, motivo e circunstâncias do paciente não comportam a exasperação operada. Isso porque partiu o Magistrado de conclusões abstratas, imprestáveis para a elevação da sanção.

3. Contudo, existem circunstâncias judiciais desfavoráveis como a quantidade e o tipo de droga apreendida – 22,80 g de cocaína, acondicionada em 53 sacos plásticos – além de material de apoio ao tráfico e três armas de fogo municiadas, demonstrando o acentuado grau de reprovabilidade de sua conduta, autorizando a fixação da pena-base acima do patamar mínimo, a saber, em 6 (seis) anos de reclusão.

4. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pelo Tribunal de origem que se dedica a atividades criminosas.

6. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ.

7. Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise, posto a quantidade e o tipo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida, o material de apoio ao tráfico, bem como as três armas de fogo devidamente municadas.

8. Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

9. Ordem parcialmente concedida para readequar a reprimenda recaída sobre o paciente, fixando-a, definitivamente, em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa, mantido o regime fechado para o início da expiação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 06 de setembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.679 - RJ (2010/0098731-2)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Luiz Carlos Monteiro, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao apelo defensivo ali interposto.

Segundo consta nos autos o ora paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, não tendo a posse de armas de fogo ensejado imputação criminal em razão da **abolitio criminis**.

No presente *writ*, alega a impetrante constrangimento ilegal na fixação da pena imposta ao ora paciente, sustentando que os elementos inerentes ao tipo penal foram indevidamente utilizados para valorar negativamente as circunstâncias judiciais. Afirma que a existência de processo sem trânsito em julgado não pode ser considerada como mau antecedente.

Sustenta ainda, ser possível a aplicação da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, pois o réu preenche todos os requisitos previstos na referida norma, bem como a alteração do regime prisional.

Entendendo que estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, pugna pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos ou concessão de sursis.

No mérito, pleiteia o redimensionamento da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em 28.6.2010 indeferi a liminar.

Prestadas informações, o parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho é pela concessão parcial da ordem (e-fls. 96/106),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos da seguinte ementa:

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Condenação. Pena-Base fixada acima do mínimo legal. Afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Carência de fundamentação. Regime inicial fechado. Comando da lei. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade.

I - Para ser válida a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, assim como deve ocorrer em todas as decisões judiciais, é necessária a devida motivação, não bastando a mera repetição de termos legais ou suposições acerca dos efeitos deletérios gerados pelo crime na sociedade. O mesmo se diga quanto à não aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343, de 2006.

II - Com o advento da Lei nº 11.464, de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser fixado na modalidade fechada para os crimes hediondos e a esses equiparados, independentemente do quantum da pena aplicada.

III - O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei nº 11.343, de 2006, na parte em que vedam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.679 - RJ (2010/0098731-2)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Ressai dos autos que, policiais militares em patrulhamento de rotina, no Parque Santa Rosa, local de reconhecida incidência de tráfico de drogas, abordaram e prenderam o paciente trazendo consigo, cinco sacolés de cocaína. Ato contínuo foram até sua residência, onde se constatou que o paciente tinha em depósito, mais cinquenta e três sacolés de cocaína, e três armas de fogo municiadas, além de outros instrumentos destinados ao exercício da traficância.

Recupero as palavras do Juízo sentenciante ao dosar a pena do paciente pelo delito de tráfico (e-fls. 36/37):

*O réu é tecnicamente primário mas ostenta **maus antecedentes** vez que conforme certidão juntada aos autos responde a outro processo por porte de arma, o que demonstra ser useiro e vezeiro de condutas criminosas, posto que na **cena delituosa ainda foram encontradas 03 armas de fogo**, isto após o réu já ter sido preso anteriormente por porte de arma. Quanto à **culpabilidade** do réu, entendo de classificá-las como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família. Sua **personalidade e conduta social** são desfavoráveis, posto que tratam-se de traficantes de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade. Os **motivos e circunstâncias** do crime também não lhe favorece, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas. Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e a **grande quantidade da substância entorpecente apreendida, bem como sua natureza**, consistente em cocaína, entorpecente com alto poder alucinógeno e destrutivo do organismo e que invade casa vez mais a sociedade (art. 42 da Lei nº 11.343/06), aplico ao réu a **pena de 07 anos de reclusão, cumulada com 700 dias-multa**, no valor unitário mínimo legal, ante suas condições*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*econômicas, sendo certo que conforme Jurisprudência recente a apreensão de elevada quantidade de drogas já é suficiente para a fixação da pena base acima do mínimo legal. Nesse sentido: HC 140.221 - STJ 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no §4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, deixo de proceder a diminuição da pena, **ficando claro que o acusado dedica-se a atividades criminosas**. A pena pecuniária fica fixada no valor unitário mínimo legal. A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.*

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Como visto, foi a pena-base fixada acima do mínimo legal – lembro: a sanção foi arbitrada em 7 (sete) anos, quando o piso legal era de 5 (cinco) anos – em razão da valoração negativa da culpabilidade do agente, das circunstâncias e das consequências do delito, da personalidade e da conduta social do paciente, além da considerável quantidade e natureza das drogas, do material de apoio ao tráfico e apreensão de três armas de fogo municionadas.

Ocorre que, do modo em que avaliadas, a personalidade, a conduta social, motivo e circunstâncias do paciente não comportam a exasperação operada. Isso porque partiu o Magistrado de conclusões abstratas, imprestáveis para a elevação da sanção. Assim, entendo desarrazoada a fixação da pena-base em 7 (sete) anos, quando a lei penal prevê entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão.

Entendo suficiente a fixação da pena-base em 6 (seis) anos de reclusão. Extraio essa baliza de precedentes desta Casa de Justiça, os quais também envolviam grandes volumes de entorpecentes – 22,80 g de cocaína, acondicionada em 53 sacos plásticos – além da apreensão de material de apoio ao tráfico e a apreensão de três armas de fogo municionadas, circunstâncias que demonstram o acentuado grau de reprovabilidade de suas condutas.

A propósito, confirmam-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DOSIMETRIA. PENA BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. TRANSPORTE PARA OUTRO ESTADO. MAIS DE DUAS TONELADAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. 2. DIREITO À PROGRESSÃO. PLEITO ATENDIDO NA INFERIOR INSTÂNCIA. PEDIDO PREJUDICADO.

*1. O estabelecimento da sanção penal é uma operação lógica pautada pelo princípio da individualização da pena e do dever de motivação das decisões judiciais. **Calcada a exasperação da reprimenda no fato de se promover transporte interestadual da droga e na expressiva quantidade de mais de duas toneladas de maconha, não se afigura excessiva a fixação da pena base em oito anos de reclusão.***

(HC 73.470/MS, **Sexta Turma**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º.7.09)

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 9 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 800 DIAS-MULTA, POR TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. ELEVADA CULPABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA: MAIS DE 6 TONELADAS DE MACONHA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. PARECER DO MPF PELO INDEFERIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente.

*2. **Destaca-se, no ponto, a existência de maus antecedentes e a acentuada culpabilidade do paciente em razão da grande quantidade de droga apreendida (mais de 6 toneladas de maconha).***

(HC 155.605/MS, **Quinta Turma**, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 28.6.2010)

Ademais, não assiste razão ao impetrante quanto ao pleito de aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

No Tribunal de origem, o benefício aqui pretendido foi indeferido sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 36/41):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afasta-se de plano a incidência da causa de diminuição da pena pelo parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11343/06, pois, embora sendo primário e de bons antecedentes está comprovada a dedicação do acusado ao tráfico de entorpecentes.

Estas circunstâncias restaram provadas pelo fato de que ninguém consegue de forma avulsa, comercializar drogas em uma localidade denominada Parque Santa Rosa, sendo este um local conhecido publicamente pela incidência de tráfico de drogas, sem fazer parte de um grupo criminoso e não estar associado a outros elementos.

Relevante que o apelante foi encontrado, além da quantidade de droga e material para sua venda, com dinheiro em espécie, ainda com três armas de fogo devidamente municiadas.

Ratifica-se ser improvável que o apelante pudesse manter sob sua guarda a quantidade de droga apreendida sem que contasse com o apoio de um comando criminoso que para tanto, é preciso integrar o grupo. Sob estas circunstâncias, estar atuando de forma solitária ("carreira solo") é uma hipótese inexistente.

Vimos que a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da existência de evidências que conduziram ao fato de que ele se dedicaria a atividades criminosas.

Tal afirmação, na via estreita do **habeas corpus**, não pode ser contestada, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. EXCESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inocorre constrangimento ilegal quando a Corte originária entende que o agente não satisfaz as exigências para a aplicação da nova causa de especial redução de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, diante da expressiva quantidade de droga apreendida em seu poder e por entender que se dedicava à atividades criminosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava à atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incabível na via estreita do remédio constitucional.

(HC 101.476/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 25.5.2009)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. NÃO-IMPOSIÇÃO PELA CONDENAÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PRAZOS PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELA AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA.

1. Não há interesse na impetração do presente writ, no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, uma vez que a condenação impôs o regime fechado e não o integralmente fechado.

2. A sentença expressamente afastou a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, "vez que restou comprovado que a ré se dedicava às atividades criminosas." Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus.

(HC 78.494/MS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 8.2.2010)

De outra parte, no que diz respeito ao regime prisional e ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, melhor sorte não assiste ao paciente.

Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, entendo que o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise, posto a quantidade e o tipo de droga apreendida, o material de apoio ao tráfico, bem como as três armas de fogo devidamente municiadas.

Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem para readequar as penas impostas ao paciente, fixando-as definitivamente em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa, mantido o regime prisional fechado para o início da expiação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0098731-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 174.679 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 183949620098190014 20090140182817

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

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 : LUIZ CARLOS MONTEIRO (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.