



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.387 - SC (2010/0045909-7)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JOÃO MARIA DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE DE AUMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. ORDEM 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. Magistrado singular que reputou desfavoráveis a natureza e a quantidade de droga apreendida, bem como a personalidade do réu, que não apresentou arrependimento ou tendência à reabilitação.

III. A valoração negativa da personalidade do agente deve encontrar respaldo em elementos concretos dos autos, sendo insuficientes meras ilações a respeito de tendências criminosas do réu, que tem no tráfico de drogas seu meio de vida.

IV. A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

V. Remanescendo como desfavorável ao agente para fins de dosimetria, apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida, eis que afastada a personalidade do agente, não se apresenta razoável o aumento da pena-base em 2 anos para o tráfico e 1 ano e 6 meses de reclusão para o crime tipificado no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, o que deve ser readequado.

VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente, a fim de que outra seja procedida, com nova motivação, afastando-se a circunstância relativa à personalidade do agente, mantendo-se, no mais, a condenação.

VII. Ordem 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 unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.387 - SC (2010/0045909-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de JOÃO MARIA DE OLIVEIRA, visando à redução da pena que lhe foi imposta.

O paciente foi condenado à pena total de 12 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 1557 dias-multa, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, pugnando pela nulidade do processo, por irregularidade na interceptação telefônica, pela absolvição do réu, por falta de provas e, subsidiariamente, pela diminuição da pena que lhe foi aplicada.

A Corte Estadual, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo, apenas para adequar o valor da pena de multa aplicada a outros 2 corréus, mantendo, na íntegra, a condenação do paciente, consoante se extrai da seguinte ementa:

"PRELIMINAR. NULIDADE DE PROVA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS QUE EXTRAPOLARAM O PRAZO DE 15 DIAS. PRORROGAÇÕES FUNDAMENTADAS E DEVIDAMENTE AUTORIZADAS PELA AUTORIDADE JUDICIAL. MULTIPLICIDADE DE TERMINAIS E CELULARES, QUE DENUNCIARAM EXTENSA CONEXAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL. EIVA AFASTADA.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES ('CRACK'), EM ASSOCIAÇÃO (ARTS. 33 E 35 DA LEI DE DROGAS), E CORRUPÇÃO DE MENORES (NA VIGÊNCIA DA LEI N. 2.252/54). MATERIALIDADE E AUTORIA QUE SE EVIDENCIA NO PROCESSO. APREENSÃO DA DROGA, ALIADA ÀS PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS, CORROBORADAS PELOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS QUE FORNECEM AMPLO ASPECTO PROBATÓRIO, NÃO DEIXANDO MARGEM À DÚVIDA QUANTO ÀS CONDUTAS. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

DOSIMETRIA, PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE. 'QUANTUM' ESTIPULADO COM ESTRITA OBSERVÂNCIA NO ART. 42 DA LEI DE REGÊNCIA. ELEMENTOS PREPONDERANTES, SOBREMANEIRA, A QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA ('CRACK'), PERFEITAMENTE JUSTIFICADOS PELO SENTENCIANTE, QUE EMBASAM O AFASTAMENTO DO LIMITE BASILAR.

VALOR UNITÁRIO DA PENA DE MULTA ARBITRADO EM DISSONÂNCIA COM A CAPACIDADE ECONÔMICA DE UM DOS RÉUS. ADEQUAÇÃO NOS MOLDES DO ART. 43 DA LEI N. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REVOGAÇÃO DA LEI N. 2.252/54. INSERÇÃO DO ART. 244-B NO ECA, COM IDÊNTICA PREVISÃO, PORÉM, SEM ARBÍTRIO DE MULTA. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE.

PERDIMENTO DE BEM APREENDIDO. VEÍCULO UTILIZADO NO DESENVOLVIMENTO DA MERCANCIA E COORDENAÇÃO DE GRUPO CRIMINOSO, OBTIDO MEDIANTE EVIDENTE PROVEITO DA AÇÃO DELITUOSA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO.

RECURSO PROVIDO, UNICAMENTE, PARA ADEQUAR A PENA DE MULTA APLICADA NOS DELITOS CONTRA A SAÚDE PÚBLICA E AFASTÁ-LA, NO DE CORRUPÇÃO DE MENORES.” (fl. 105).

Na presente impetração, pugna o paciente pela redução da pena que lhe foi imposta, ressaltando a falta de fundamentos adequados para a elevação da pena-base no patamar aplicado pelo magistrado singular.

As informações foram prestadas às fls. 104/106.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 129/133).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.387 - SC (2010/0045909-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de JOÃO MARIA DE OLIVEIRA, visando à redução da pena que lhe foi imposta.

O paciente foi condenado à pena total de 12 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 1557 dias-multa, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, pugnando pela nulidade do processo, por irregularidade na interceptação telefônica, pela absolvição do réu, por falta de provas e, subsidiariamente, pela diminuição da pena que lhe foi aplicada.

A Corte Estadual, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo, apenas para adequar o valor da pena de multa aplicada a outros 2 corréus, mantendo, na íntegra, a condenação do paciente.

Na presente impetração, pugna o acusado pela redução da pena que lhe foi imposta, ressaltando a falta de fundamentos adequados para a elevação da pena-base no patamar aplicado pelo magistrado singular.

Passo à análise da irresignação.

A princípio, cumpre ressaltar que 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.

O Magistrado, ao proceder a dosimetria da pena do paciente, asseverou:

"Quanto ao réu JOÃO MARIA DE OLIVEIRA.

No tocante aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (Lei 11.343/06, artigos 33 e 35), a quantidade considerável e a natureza da droga apreendida e vendida pelos réus (crack) devem ser consideradas no cálculo da pena básica, conforme já dito. O réu demonstra personalidade mal formada, pois não exerce atividade lícita e faz do tráfico de drogas o seu meio de ganhar a vida. As demais circunstâncias judiciais são normais aos tipos penais analisados. Assim, fixo a reprimenda privativa de liberdade básica como reprovação ao crime de tráfico de drogas em 07



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e a pecuniária-tipo em 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo. Quantifico a pena privativa de liberdade básica a ser resgatada pelo mesmo réu em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão como reprovação ao delito de associação para o tráfico de drogas e a pecuniária-tipo em 807 (oitocentos e sete) dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo.

Em razão das circunstâncias judiciais aferidas, bem como da quantidade de pena aplicada, estabeleço o regime fechado para o início do cumprimento da pena a ele imposta (CP, art. 33, § 2º, 'a', c/c § 3º).

O quantum de pena aplicada e a vedação legal impedem a concessão do benefício da suspensão condicional da pena (CP, art. 77, caput e incisos), como também inibem a possibilidade de substituição da pena corporal imposta ao réu por penas restritivas de direitos (CP, art. 44, incisos II e III)." (fls. 48/49).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao revisar o apenamento, assim decidiu:

"João Maria de Oliveira foi condenado às penas de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, e 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 807 (oitocentos e sete) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, respectivamente.

Também, aqui, a quantificação da pena se apresente apropriada, na medida em que o juiz tomou em conta, justificadamente, três circunstâncias 'preponderantes' (art. 42), no cálculo da pena basilar." (fl. 122).

A pena *in abstracto* cominada para o crime de tráfico de drogas é de 5 a 15 anos de reclusão, enquanto para a associação para o tráfico a previsão é de 3 a 10 anos.

Nota-se que o Magistrado singular, ao dosar a pena imposta ao réu, além de considerar a natureza e a quantidade da droga apreendida, reputou desfavorável a personalidade do agente, tendo majorado a pena-base em 2 anos de reclusão para o tráfico e em 1 ano e 6 meses para a associação para o tráfico.

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 do réu, que tem no tráfico de drogas seu meio de vida.

Nesse sentido os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

No presente caso, no entanto, conforme já referido, o Magistrado considerou também, para o aumento da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 173g de crack –, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, e em conformidade com o entendimento que encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, consoante se extrai dos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 natureza e a quantidade da droga apreendida são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal, tem-se como necessária a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legalmente previsto.

No entanto, na hipótese presente, em que remanesce como desfavorável ao agente para fins de dosimetria, apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida, eis que afastada a personalidade do agente, não se apresenta razoável o aumento da pena-base em 2 anos para o tráfico e 1 ano e 6 meses de reclusão para o crime tipificado no art. 35 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, o que deve ser readequado.

Dessarte, deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente, a fim de que outra seja procedida, com nova motivação, afastando-se a circunstância relativa à personalidade do agente, mantendo-se, no mais, a condenação.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0045909-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 165.387 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090311357 73070060200

EM MESA

JULGADO: 08/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSÓRIO SILVA BARBOSA SOBRINHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : JOÃO MARIA DE OLIVEIRA (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do Tj/rj) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de fevereiro de 2011

LAURO ROCHA REIS
Secretário