



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.480 - MT (2008/0258240-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Erli Benedita da Silva, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 3 anos e 11 meses e 7 dias de reclusão, no regime fechado, e 506 dias-multa, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006.

Em sede de apelação criminal, foi dado parcial provimento ao recurso da acusação, para majorar a pena-base aplicada na sentença, aumentando-se a reprimenda para 5 anos e 3 meses de reclusão.

Busca a impetração seja a pena-base fixada no mínimo legal, ou, subsidiariamente, seja restabelecida a sanção aplicada na sentença condenatória.

A liminar foi indeferida à fl. 29.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 32/34), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.480 - MT (2008/0258240-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): No tocante à fixação da pena, disse o magistrado, no que interessa:

"Atenta ao princípio constitucional da individualização da pena, passo a dosimetria da pena:

Analizando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que a acusada agiu com a culpabilidade intensa, na medida em que tinha pleno conhecimento da ilicitude de sua conduta, além do mais, crimes desse jaez despertam elevado juízo de reprovação; não registra antecedentes criminais, consoante se depreende das certidões de fls. 55, 58/59, 75 e 77; não há nada nos autos que desabone sua conduta social e personalidade; os motivos do crime são reprováveis, porquanto a cobiça e o lucro fácil, sem o sacrifício do trabalho em detrimento da saúde alheia, norteiam o comportamento da acusada, além de tratar-se de crime equiparado a hediondo; as circunstâncias são irrelevantes; as consequências devem ser tidas como graves, tendo em vista que delitos desta natureza causam enormes prejuízos não só materiais, mas também institucionais, gerando instabilidade no meio social, representando alto risco para a saúde pública. Quanto ao comportamento da vítima, este deve ser desprezado, por tratar-se da sociedade como um todo.

Face às circunstâncias judiciais supra analisadas, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 506 (quinhentos e seis) dias-multa.

Verifico a incidência da atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, razão pela qual procedo com a diminuição da pena base em 3 (três) meses e 3 (três) dias-multa, encontrando a pena em formação de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e o pagamento de 503 (quinhentos e três) dias-multa.

Inexistente circunstâncias agravantes.

Constato a presença de causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos, Lei n.º 11.343/06, posto que restou demonstrado nos autos que a denunciada preenche os requisitos exigidos no aludido dispositivo legal, eis que é primária e possui bons antecedentes, conforme mencionado na oportunidade da análise das circunstâncias judiciais, ao passo que, diminuo a pena na proporção de 1/4 (um quarto), razão pela qual encontro a pena intermediária de 3 (três)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Inexistente causa especial de aumento ou qualquer outro elemento modificador da pena, a qual torno definitiva a pena de 3 (três) anos e 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Fixo o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato.

Para o cumprimento da pena aplicada, fixo à sentenciada o regime inicial fechado, com fundamento no estabelecido no art. 2º, inciso II, §1º da Lei n.º 11.464/2007.” (fls. 18/19)

O Tribunal de origem, por sua vez, asseverou:

*“Com relação ao **quantum** da pena aplicada, ressalta-se que a sentença condenou à apelada, pelo crime de tráfico de entorpecentes (art. 33, **caput**), cuja pena prevista é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa.*

Verifica-se que a apelada teve a pena definitiva fixada em 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, diante da aplicação de causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos, o que a tornou aquém do mínimo legal.

*Quanto à matéria, o professor Fernando Capez, in 'Revista Jus Vigilantibus', de 31 de maio de 2008, manifestou-se sobre a inconstitucionalidade do aludido dispositivo. Vejamos, **in verbis**:*

*'A teor do disposto no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2007, publicada em 24 de agosto de 2006, e cuja entrada em vigor ocorreu na data de 8 de outubro de 2006, nos delitos definidos no art. 33, **caput** (tráfico de drogas) e § 1.º (condutas equiparadas ao tráfico), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

A Lei de Drogas, dessa forma, na contramão do espírito que informou o Poder Constituinte de 1988, o qual determinou tratamento mais gravoso aos crimes hediondos e equiparados, inusitadamente, propiciou uma diminuição de penas de um sexto a dois terços ao traficante de drogas que preencha os seguintes requisitos legais: a) seja primário; b) seja portador de bons antecedentes; d) não se dedique às atividades criminosas; d) não integre organizações criminosas.

Paradoxalmente, com isso, um traficante primário e portador de bons antecedentes contará com um privilégio específico, do qual não dispõe nenhum autor ou partícipe de outro crime de menor gravidade que também seja primário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e portador de bons antecedentes.

(...)

Desse modo, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo que o sistema penal, levando em conta uma mesma circunstância (antecedentes), traga um benefício imerecido ao autor de um crime equiparado a hediondo, possibilitando que a sua pena seja diminuída de um sexto a dois terços, inclusive aquém do mínimo legal, quando os demais jurisdicionados, autores de crimes de menor repulsa social (injúria, calúnia, bigamia etc.) e portadores de bons antecedentes, sejam contemplados apenas com uma circunstância judicial (art. 59, **caput**), cujo limite mínimo de pena jamais poderá ser alterado.

A distorção, além de ofender o princípio da proporcionalidade das penas, acarreta grave instabilidade à ordem social e à segurança da coletividade, pois a defesa do bem jurídico que se pretende proteger com a incriminação do tráfico de drogas foi menoscabada pelo legislador. Do ponto de vista da prevenção geral, tal previsão legal, dessa forma, é descabida, inoportuna.

Preenchidos, assim, os quatro requisitos legais, o traficante poderá contar com o tratamento benéfico da lei.'

Considerando que a conduta da apelada foi desfavorável, uma vez que o tráfico contribui para a disseminação do consumo de droga, aliada a grande quantidade do produto apreendido em seu poder (mais de quatro quilos), deve a reprimenda ser elevada.

É sabido que a pena deve cumprir um papel de reprimenda necessária e condizente com a reprovação social e prevenção do crime.

Desse modo, não houve, na sentença recorrida, o devido equilíbrio e proporção entre a gravidade do delito e a pena aplicada, os quais não sopesaram, satisfatoriamente e dentro dos limites impostos pela lei, as circunstâncias desfavoráveis a apelada.

Logo, aplicando o disposto no art. 59 do CP e considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis a apelada, bem como a quantidade de drogas apreendida, fixo a pena-base em 7 (anos) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Assim sendo, considerando-se que restou reconhecida a incidência da atenuante da confissão, procedo a diminuição da pena-base em 6 (seis) meses e 3 (três) dias-multa, o que resulta na pena em formação de 7 (sete) anos de reclusão.

Por fim, aplicando a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a qual a apelada faz jus por ser primária e com bons antecedentes, diminuo a pena na proporção de 1/4 (um quarto), acompanhando a sentença, razão pela qual torno a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 3 (três)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses.

Como se vê, a súplica recursal merece acolhida parcial.

Pelo exposto, em consonância parcial com o parecer, dou provimento parcial ao apelo, reformando em parte a sentença condenatória, tão-somente para fixar em definitivo a pena em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, mantida no mais a sentença recorrida.” (fls. 22/25)

Como visto, a pena-base foi estabelecida, pelo Tribunal de origem, acima do mínimo legal em razão da presença de desfavoráveis circunstâncias judiciais, notadamente a quantidade de droga apreendida e o fato de o tráfico contribuir para a disseminação da droga. No caso, houve a indevida consideração da última circunstância judicial, pois trata-se de circunstância inerente ao próprio tipo penal em questão, caracterizando evidente constrangimento ilegal.

Ocorre ainda que, apesar de a análise quanto à quantidade da droga, tal como exposta, ser capaz de determinar o aumento da pena-base, constata-se, contudo, o descompasso no **quantum** majorado, ferindo, assim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido:

A - "HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ELEMENTARES DO TIPO. NULIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM MAIS DO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo.

2. A fixação da pena-base, em mais do dobro do mínimo legal, foi manifestamente desproporcional aos fundamentos apresentados, os quais não se apresentaram adequados para justificar tamanha exasperação, ferindo o princípio da proporcionalidade.

3. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante à individualização da pena, determinando que outra seja proferida, sem considerar os maus antecedentes, em virtude de processo ainda em julgamento, bem como sem referência às circunstâncias que constituem elementos do próprio tipo.”

(HC nº 60.524/PR, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, Dje de 8/10/2007)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B - "CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. OBJETIVO DE LUCRO FÁCIL. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. QUANTIDADE DA REPRIMENDA. TRIPLO DO MÍNIMO LEGAL. AUMENTO EXACERBADO. OFENSA À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE. (...) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de **habeas corpus**, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

II. A pena-base não pode ser fixada no mínimo legal, porquanto a quantidade da droga apreendida, o objetivo de lucro fácil e as graves consequências à saúde pública, bem como a circunstância do fato, tendo em vista que o entorpecente se encontrava escondido no carregamento de madeira transportado, são aspectos caracterizadores da referida prática criminosa, não inerentes ao tipo penal, permitindo o seu afastamento do mínimo fixado no preceito secundário do tipo legal violado.

III. Evidenciado que das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, o Magistrado singular utilizou-se apenas da culpabilidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime, verifica-se que a pena-base foi indevidamente fixada no triplo do mínimo legalmente previsto, não atendendo, à proporcionalidade, tampouco à razoabilidade.

(...)

VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, para reformar a dosimetria da pena imposta ao réu, tão-somente no tocante à quantidade da reprimenda aplicada, mantendo-se as circunstâncias judiciais desfavoravelmente consideradas, bem como afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, para reconhecer o direito do paciente ao pleito do benefício da progressão de regime prisional e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Juízo das Execuções e ao Juízo prolator da sentença condenatória, respectivamente, a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, mantendo-se a condenação.

VII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC nº 67.935/MS, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, Dje de 12/3/2007)

Assim, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendendo que a pena-base fixada na sentença condenatória revela-se suficiente para a reprovação social e prevenção da conduta perpetrada, devendo, portanto, ser restabelecida, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante do exposto, concedo a ordem para, retirado o acréscimo indevidamente imposto pelo acórdão atacado, restabelecer a reprimenda aplicada na sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0258240-2

HC 121480 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2152007 53391 533912008

EM MESA

JULGADO: 15/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EVERALDO BATISTA FILGUEIRA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : ERLI BENEDITA DA SILVA

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 a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 15 de dezembro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário