



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.056 - CE (2016/0331150-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RAFAEL SOARES MOURA
ADVOGADO : RAFAEL SOARES MOURA - CE024806
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : JOAO CARLOS MORAES MELO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REGIME DIVERSO DO FECHADO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, as instâncias de origem exasperaram a pena do paciente, valorando negativamente os antecedentes, as circunstâncias e consequências de crime. Dada a ausência de prova preconstituída, quanto aos antecedentes, deve prevalecer a valoração negativa da referida circunstância judicial, conforme afirmado pelo Juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. No tocante às circunstâncias e consequências do crime, não há fundamentação que respalde o acréscimo da pena, sendo de rigor o decote no incremento sancionatório.

2. Inaplicável a causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, quando o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

3. Fixada a reprimenda corporal em patamar superior a 4 anos, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, inviável o abrandamento do regime inicial, nos termos do art. 33, § 2º c.c § 3º, do Código Penal.

4. Ordem concedida, em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de março de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.056 - CE (2016/0331150-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RAFAEL SOARES MOURA
ADVOGADO : RAFAEL SOARES MOURA - CE024806
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : JOAO CARLOS MORAES MELO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOAO CARLOS MORAES MELO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Apelação n.º 0034761-90.2015.8.06.001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 600 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06. Eis, no que interessa, o teor da sentença:

" [...] 1) JOÃO CARLOS MORAES MELO: no exame da culpabilidade, apesar de estarmos diante de um crime equiparado a hediondo, o grau de reprovabilidade da conduta do réu deve ser tido como ordinário, não transbordando sua conduta para além da própria tipologia penal; o réu possui maus antecedentes, pois já tem uma condenação por porte de arma de fogo (fls. 188 - Processo n. 1054844-38.2000.8.06.0001); o motivo do delito é identificável com o desejo de obtenção de lucro fácil; as circunstâncias lhes são desfavoráveis, pois adquiriu a droga com seu próprio dinheiro, foi comprá-la com sua companhia em sua moto e iria fornecer o entorpecente a pessoas que estavam em uma 'curtição'. Já quanto às conseqüências, devem ser valoradas em seu desfavor, na medida em que, embora a polícia tenha logrado êxito em apreender a droga, sua natureza tem sido causa de efeitos severamente nocivos à sociedade, trazendo caos e fomentando a vulneração da saúde e da segurança ao meio social. Por fim, não existem dados para se aferir a situação econômica do réu.

Diante dessas circunstâncias analisadas individualmente, quanto ao crime de tráfico de drogas, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Na segunda fase, não vislumbro a presença de atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, não vislumbro a existência de causas de aumento ou de diminuição, ficando, assim, o réu condenado, em caráter definitivo, às penas de 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Estabeleço o regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, com fundamento no art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista que ele já possui uma condenação por porte de arma (fls. 188), além de responder a outro processo por receptação, bem como porque iria fornecer cocaína a pessoas que estavam em uma 'curtição' (STF, HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli).

Curial gizar que, no caso como o dos autos, que trata de crime de tráfico de drogas, a questão é apreciada conforme disposto no art. 42 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/06 ('Art. 42 - O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente').

Registro que, não obstante a quantidade de pena imposta ser inferior a 8 (oito) anos, tenho que a quantidade e a qualidade de drogas traficadas pelo sentenciado e as circunstâncias nas quais o delito foi cometido desautorizam a fixação do regime semiaberto de cumprimento de pena, na medida em que demonstra a maior gravidade concreta do delito e a maior censurabilidade da conduta do sentenciado, tudo de modo a justificar a fixação do regime inicial fechado, posto que não é socialmente recomendável a fixação de regime mais brando.

O tempo de prisão provisória é insuficiente para ensejar alteração do regime de cumprimento da pena, pelo que deixo de fazer a detração, que ficará a cargo do juízo de execução penal.

O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito porque sua pena privativa de liberdade é superior a quatro anos (art. 44, CP)". (fls. 56/57)

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa, consoante a seguinte fundamentação:

(...) O Recorrente ressenete-se da aplicação da pena base acima do mínimo legal.

Contudo, as circunstâncias judiciais do art. 59, CP não sorriem para o Apelante, de modo a afastá-la do mínimo legal, conforme pretende.

Neste tocante, mister a transcrição *ipsis litteris* para conferir-se ou não a verossimilhança das alegações recursais:

1) JOÃO CARLOS MORAES MELO:

(...)

NÃO INCIDE À ESPÉCIE A SÚMULA 444. STJ: É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AGRAVAR A PENA-BASE, POIS QUE CONSIDERADA CONDENAÇÃO NO PROCESSO N. 1054844-38.2000.8.06.0001.

Na sentença diz: Além disso, verifico que JOÃO CARLOS já tem uma condenação por porte ilegal de arma de fogo na 14ª Vara Criminal (fls. 188 - Processo n. 1054844-38.2000.8.06.0001), além de responder a outro processo por receptação na 7ª Vara Criminal (fl. 160), de modo que não faz jus à figura do tráfico privilegiado, em razão de seus maus antecedentes (STJ. AgRg no REsp 1357182/MG. Min. Marco Aurélio Bellizze).

Realmente, o art. 33, Lei 11.343/06 prevê uma pena-base que será fixada entre o mínimo de 5 e o máximo de 15 anos.

Portanto há um intervalo de 10 anos, no qual o Magistrado dosará a pena, a depender das circunstâncias judiciais conforme a avaliação criteriosa transcrita acima.

Esta é a diretiva assentada em paradigmas do TJCE: (...)

Portanto, andou bem a Decisão Singular, daí porque nada a reparar no importe, de vez que o Magistrado ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, com base no que estabelece o art. 59, CP.

ATENUANTE DA CONFISSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O réu, ao ser ouvido, tenta distorcer a verdade dos fatos, afirmando que embora a droga seja sua, é utilizada para o seu consumo.

Dessa forma, tenta o acusado apresentar uma versão exculpatória que não pode ser admitida como confissão espontânea, pois, na verdade, dificulta a concretização da justiça e tenta afastar a responsabilidade penal que lhe é atribuída, impedindo assim a aplicação da atenuante, como bem o fez o magistrado singular.

(...)

8. DIMINUIÇÃO DA PENA: MINORANTE DO ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/06.

Reivindica o Recorrente a aplicação do redutor de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Observe o preceptivo legal autorizador da benesse: (...)

A doutrina, ao discorrer sobre o benefício, assim explica: (...)

No caso, repise-se: JOÃO CARLOS já tem uma condenação por porte ilegal de arma de fogo na 14ª Vara Criminal (fls. 188 - Processo n. 1054844-38.2000.8.06.0001), além de responder a outro processo por receptação na 7ª Vara Criminal (fl. 160), de modo que não faz jus à figura do tráfico privilegiado, em razão de seus maus antecedentes (STJ. AgRg no REsp 1357182/MG. Min. Marco Aurélio Bellizze).

Portanto, deve ser mantido o afastamento dessa minorante no cálculo da pena fixada, por não existir qualquer ilegalidade a ser sanada. (fls. 31/38)

No presente *writ*, alega o impetrante que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal ou minorada proporcionalmente, sob o argumento de que os fundamentos utilizados para sua majoração são inidôneos, notadamente porque as instâncias ordinárias invocaram processos em curso para a exasperação.

Sustenta, também, que deve incidir a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, "por ser medida mais justa para o caso concreto".

Assevera, por fim, que deve ser fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base fixada, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar a pena em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.056 - CE (2016/0331150-2)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REGIME DIVERSO DO FECHADO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, as instâncias de origem exasperaram a pena do paciente, valorando negativamente os antecedentes, as circunstâncias e consequências de crime. Dada a ausência de prova preconstituída, quanto aos antecedentes, deve prevalecer a valoração negativa da referida circunstância judicial, conforme afirmado pelo Juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. No tocante às circunstâncias e consequências do crime, não há fundamentação que respalde o acréscimo da pena, sendo de rigor o decote no incremento sancionatório.

2. Inaplicável a causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, quando o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

3. Fixada a reprimenda corporal em patamar superior a 4 anos, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, inviável o abrandamento do regime inicial, nos termos do art. 33, § 2º c.c § 3º, do Código Penal.

4. Ordem concedida, em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O impetrante pretende, conforme relatado, a redução da pena-base fixada, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Cumprе salientar, inicialmente, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

No caso em apreço, o magistrado, ao fixar a pena imposta ao paciente, consignou:

De acordo com a denúncia, em síntese crítica, no dia 09/04/15, por volta das 23:40 horas, policiais civis passavam pela Rua Cumari, no bairro Bonsucesso, quando avistaram um casal passando em uma moto em atitude suspeita e pediram que parassem o veículo. Com o motorista, JOÃO CARLOS, foi encontrada a quantia de R\$ 309,00 e com a garupeira, CAMILA, foram encontradas nove porções de cocaína embaladas individualmente. O casal trazia dois celulares e na casa de CAMILA os policiais encontraram mais três aparelhos de telefonia celular.

(...)

1) JOÃO CARLOS MORAES MELO: no exame da culpabilidade, apesar de estarmos diante de um crime equiparado a hediondo, o grau de reprovabilidade da conduta do réu deve ser tido como ordinário, não transbordando sua conduta para além da própria tipologia penal; **o réu possui maus antecedentes, pois já tem uma condenação por porte de arma de fogo (fls. 188 - Processo n. 1054844-38.2000.8.06.0001)**; o motivo do delito é identificável com o desejo de obtenção de lucro fácil; **as circunstâncias lhes são desfavoráveis, pois adquiriu a droga com seu próprio dinheiro, foi comprá-la com sua companheira em sua moto e iria fornecer o entorpecente a pessoas que estavam em uma "curtição". Já quanto às conseqüências, devem ser valoradas em seu desfavor, na medida em que embora a polícia tenha logrado êxito em apreender a droga, sua natureza tem sido causa de efeitos severamente nocivos à sociedade, trazendo caos e fomentando a vulneração da saúde e da segurança ao meio social.** Por fim, não existem dados para se aferir a situação econômica do réu.

Diante dessas circunstâncias analisadas individualmente, quanto ao crime de tráfico de drogas, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Na segunda fase, não vislumbro a presença de atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, não vislumbro a existência de causas de aumento ou de diminuição, ficando, assim, o réu condenado, em caráter definitivo, às penas de 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. (fls. 52 e 56).

Colhe-se do aresto impugnado:

Não incide à espécie a Súmula 444, STJ: é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, pois que considerada condenação no processo n. 1054844-38.2000.8.06.0001.

Na sentença diz: Além disso, verifico que JOÃO CARLOS já tem uma condenação por porte ilegal de arma de fogo na 14ª Vara Criminal (**fls. 188 - Processo n. 1054844-38.2000.8.06.0001**), além de responder a outro processo por receptação na 7ª Vara Criminal (fl. 160), de modo que não faz jus à figura do tráfico privilegiado, em razão de seus maus antecedentes (STJ. AgRg no REsp 1357182/MG, Min. Marco Aurélio Bellizze). (fl. 33).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pela leitura das decisões, verifica-se que foram valorados negativamente os antecedentes, as circunstâncias e consequências do crime.

No tocante aos antecedentes, deve ser mantida a valoração negativa, nos termos esposados pelo magistrado e ratificados pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prova preconstituída, eis que não foi juntada aos autos cópia do documento, ao qual fez referência o magistrado para considerar desfavorável a referida circunstância judicial. *"verifico que JOÃO CARLOS já tem uma condenação por porte ilegal de arma de fogo na 14ª Vara Criminal (fls. 188 - Processo n. 1054844-38.2000.8.06.0001)".*

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Por outro lado, merece guarida o pleito da defesa, no que diz respeito ao afastamento da valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime. Isso porque o fato de o paciente ter ido com a companheira, fazendo uso de uma motocicleta, adquirir o entorpecente ilícito para depois repassá-lo a pessoas que estariam em uma "curtição", não transborda o normal para espécie do tráfico, tendo em vista que as ações de adquirir e vender referem-se ao próprio tipo penal. Nessa linha de raciocínio, não identifico que 9 invólucros de cocaína (9 gramas) seja suficiente para consideração desfavorável das consequências do crime, razão pela qual afasto a valoração negativa das referidas circunstâncias judiciais.

Noutro giro, no tocante à aplicação da causa especial de diminuição de pena, melhor sorte não assiste ao impetrante.

O art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

No caso concreto, afigura-se inviável a aplicação do referido redutor, tendo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista a existência de óbice à concessão da benesse, qual seja, a presença de maus antecedentes.

Com efeito, esta Corte consolidou o entendimento no sentido de que a existência de maus antecedentes justifica a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM O PATAMAR. PRECEDENTES. REGIME SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RAZOÁVEL QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.**

3. A quantidade e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da diversidade e razoável quantidade das drogas apreendidas, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

- Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam.

- *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 380.207/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PACIENTE QUE OSTENTA 2 CONDENAÇÕES APTAS A MACULAR OS ANTECEDENTES CRIMINAIS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO CONHECIMENTO.

1. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, ante a existência de elementos concretos a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista que o paciente ostenta 2 condenações anteriores aptas a macular os antecedentes criminais.

2. **Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.**

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Fixada a reprimenda corporal em 7 anos de reclusão e, ante a existência de circunstância judicial desfavorável ao réu - maus antecedentes -, é inviável a fixação de regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, c.c § 3º.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 379.844/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)

Nesse passo, necessário se faz redimensionar a pena, que foi estabelecida em 6 (seis) anos de reclusão. Assim, afastadas duas circunstâncias judiciais negativas e mantida a consideração desfavorável dos antecedentes, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena, eis que os maus antecedentes afastam a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.340/06.

Por fim, em que pese a questão do regime inicial não ter sido enfrentada pela Corte local, verifica-se que não prospera o pleito da defesa, em relação ao regime prisional, uma vez que, fixada a pena em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial fechado é apropriada, diante da presença de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes).

Nesse sentido, os seguintes julgados das Turmas que compõem a Terceira Seção:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Hipótese em que a reprimenda inicial foi majorada com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade de drogas apreendidas com o paciente (62,7g de cocaína, acondicionados em 51 supositórios plásticos, 23,4g de *crack*, acondicionados em 73 porções, 28,4g de maconha, acondicionados em 23 porções; e 1,2g de "haxixe"), o que não se mostra manifestamente ilegal.

4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

5. Concluído pelas instâncias ordinárias, com base nas provas obtidas nos autos e na própria confissão do paciente, que ele se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, o julgador deve ater-se às diretrizes estabelecidas no art. 33 c/c o art. 59 do CP, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. **Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.**

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisitos objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 364.423/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. TESE DE *BIS IN IDEM*. QUANTIDADE DA DROGA. ALEGADA UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA FIXAR O PATAMAR MÍNIMO NA TERCEIRA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE FUNDAMENTO DIVERSO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, PARA JUSTIFICAR A FRAÇÃO MÍNIMA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. DESCABIMENTO. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, CP). DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Indicado fundamento diverso da quantidade de drogas, suficiente, por si só, para justificar a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo, não há falar em *bis in idem* ao fundamento de que a quantidade da droga teria sido utilizada tanto na primeira fase para agravar a pena-base, quanto na terceira, para fixar a fração redutora, pela minorante do art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. **Tratando-se de condenação à pena reclusiva superior a 4 anos, em se considerando que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, não há ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, sendo, também, descabido o benefício da substituição das penas, nos termos do art. 44, I, do CP.**

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 298.413/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016)

Ante o exposto, **concedo a ordem, em parte**, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0331150-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 383.056 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0034763190201500001 34763190201500001

EM MESA

JULGADO: 16/03/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RAFAEL SOARES MOURA
ADVOGADO	: RAFAEL SOARES MOURA - CE024806
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE	: JOAO CARLOS MORAES MELO
CORRÉU	: CAMILA DOS SANTOS COSTA

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.