



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.970 - SC (2010/0036815-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : CAIO FERNANDO GALERA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ELIANOR MOTTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES (ARTS. 33, *CAPUT*, 35, *CAPUT*, C.C. O ART. 40, INCISO VI, TODOS DA LEI N.º 11.343/2006). DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não havendo ilegalidade a ser sanada.

2. A despeito de algumas impropriedades na fixação da pena-base, verifica-se que o aumento implementado se revela proporcional e razoável, em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito de tráfico que é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, somado ao crime de associação para o tráfico que é de 3 (três) a 10 (dez) anos e, ainda, considerando a causa de aumento prevista no art. 40, incisos VI, da Lei n.º 11.343/2006, relativa ao envolvimento de adolescentes com o tráfico.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 12 de junho de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.970 - SC (2010/0036815-3)

IMPETRANTE : CAIO FERNANDO GALERA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ELIANOR MOTTA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferido em sede de apelação, cuja ementa é a seguinte, *in verbis*:

"NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO (ARTS. 33, 'CAPUT', E 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006). MATERIALIDADE E AUTORIA CABALMENTE RETRATADAS NOS AUTOS. APREENSÃO DE MACONHA E COCAÍNA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. CONFISSÃO E TESTEMUNHOS DE USUÁRIOS E DE POLICIAIS, ALIADOS ÀS DEMAIS PROVAS, ATESTANDO, INCLUSIVE, A COMUNHÃO DE ESFORÇOS DOS AGENTES. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. SENTENÇA MANTIDA.

DOSIMETRIA. PENAS BASES FIXADAS UTILIZANDO FRAÇÃO MENOR A QUE CONVENCIONALMENTE SE UTILIZA NESTA CÂMARA (1/6). PROVIDÊNCIA QUE ATUOU EM BENEFÍCIO DOS RÉUS, PORTADORES DE VÁRIAS CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. RESULTADO QUE, AO FINAL, DEMONSTROU-SE JUSTO EM FACE DOS CRIMES COMETIDOS.

PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO OCASIONAIS E NÃO SOLITÁRIAS QUE SE REVELAM NO PROCESSADO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS INADIMPLEMENTO DO REQUISITO OBJETIVO (ART. 44, INC. I). IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS NÃO PROVIDOS." (fl. 170)

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.733 (um mil, setecentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo, pela prática do crime de tráfico e associação para o tráfico, ambos com a causa de aumento de pena relacionada ao envolvimento de adolescentes (fl. 186), previstos nos arts. 33, *caput*; 35, *caput*; e 40, inciso VI, todos da Lei n.º 11.343/2006.

O Impetrante sustenta, em suma, (i) que as circunstâncias judiciais foram indevidamente valoradas negativamente, quais sejam: a personalidade, as circunstâncias judiciais e as consequências do crime (fl. 8).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, requer a fixação da pena-base no mínimo legal e, consequentemente, retificando-se as demais fases da dosimetria aplicada.

Sem pedido de liminar e por estarem devidamente instruídos os autos, o writ foi encaminhado diretamente ao *Parquet* federal.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer de fls. 203/207, resumido pelo teor da seguinte ementa, *in verbis*:

"Habeas Corpus. Tráfico e associação para o tráfico. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Art. 59 do Código Penal. Personalidade negativa e indevidamente valorada em razão da dependência de drogas. Circunstâncias e consequências do crime. Embora afastada a valoração negativa da personalidade, deve ser mantido o aumento efetuado à pena-base, porque presentes outras circunstâncias judiciais, cuja valoração negativa não se mostra indevida ou desmotivada. Aumento proporcional.

Parecer pela denegação da ordem" (fl. 203).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.970 - SC (2010/0036815-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES (ARTS. 33, *CAPUT*, 35, *CAPUT*, C.C. O ART. 40, INCISO VI, TODOS DA LEI N.º 11.343/2006). DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não havendo ilegalidade a ser sanada.

2. A despeito de algumas impropriedades na fixação da pena-base, verifica-se que o aumento implementado se revela proporcional e razoável, em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito de tráfico que é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, somado ao crime de associação para o tráfico que é de 3 (três) a 10 (dez) anos e, ainda, considerando a causa de aumento prevista no art. 40, incisos VI, da Lei n.º 11.343/2006, relativa ao envolvimento de adolescentes com o tráfico.

3. Ordem denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Na presente impetração, busca-se o reexame das circunstâncias judiciais relacionada à personalidade, circunstâncias e consequências do crime, requerendo-se a fixação da pena-base no mínimo legal.

Pois bem. De início, por importante, transcrevo o seguinte trecho da sentença condenatória, mantida na íntegra pelo Tribunal *a quo*, quando trata da fixação da pena-base, *in verbis*:

"[...]"

3.3- DA APLICAÇÃO DA PENA AO ACUSADO ELIANOR MOTA (DORINHO) (artigo 33, da Lei n. 11.343/2006).

Analizando as circunstâncias judiciais na forma do artigo 59 do CP e artigo 42, da Lei n. 11.343/06, a culpabilidade do acusado restou demonstrada nos autos em grau médio, eis que participava ativamente na venda de drogas na Comarca de Forquilha/SC. No exame de dependência toxicológica realizado (fls. 413/415), os peritos avaliaram que "sua capacidade de se determinar estava diminuída exclusivamente em relação ao uso das drogas referidas", o que não justifica sua inimputabilidade, eis que não decorrente de caso fortuito ou força maior,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais do uso habitual da droga e, conseqüentemente, ao assacar contra a saúde alheia perpetrando a prática do comércio ilícito de entorpecentes, o acusado sabia (ou tinha consciência) ou devia saber que agia contrariamente ao direito. Daí a censurabilidade de sua conduta.

O réu possui não possui antecedentes criminais (fls. 281, 282, 303, 309, 332, 405).

Tocante à conduta social, não existe nos autos qualquer prova que a desabone com certeza, e ao invés, em conformidade com o demonstrativo de fl. 133 (Autos nº 166.07.000875-7), exercia atividade lícita na Agroavícola Vêneto Ltda.

Acerca da personalidade do agente, é desvirtuada, tanto que além de traficante o acusado considera-se dependente da droga, e, através do laudo de fls. 413/415, restou comprovado que é 'Dependente psíquico à maconha e à cocaína, em grau moderado'.

Quanto aos motivos da prática, é a intenção do lucro fácil em detrimento da saúde alheia, bem como uma forma de manter seu vício.

As circunstâncias e as conseqüências do crime: conforme se extrai da instrução processual em juízo, desenvolvia a prática ilícita há no mínimo desde o início de 2007. A quantidade de droga apreendida também se mostra relevante (fls. 180/190). Outrossim, impõe-se consignar que 'O traficante, de grande ou de pequeno porte (já que os esforços se unem para que o tóxico chegue ao destinatário final), é um dos responsáveis diretos pela onda de crimes que avassala o País: chacinas cometidas quase que diariamente na luta por pontos de venda do entorpecente, a corrupção tomando proporções inimagináveis, jovens praticando toda sorte de crimes patrimoniais para obtenção de recursos visando a aquisição da droga, crianças atuando como intermediários do tóxico, etc. Além disso, não podemos esquecer os malefícios que a droga traz para a saúde e para a própria vida do usuário, seja ele viciado ou não.' (Victor Eduardo Rios Gonçalves, apud Apelação Criminal n. 00.001345-5, de Chapecó, Rel. Des. Amaral e Silva, j. 29.02.2000).

O comportamento das vítimas, no caso de tráfico de drogas, temos como inoperante.

Assim, estabelecimento, pois, necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a pena base em 6 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, cada dia-multa no valor mínimo legal.

Não denoto a presença de quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Há que se reconhecer, como já consignado na fundamentação, o aumento de pena previsto no artigo 40, inciso VI da Lei nº 11.343/2006, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), eis que a narcotraficância envolvia e atingia adolescentes, sendo, desta forma, agregado 1/3 (um terço) da pena, considerando que foram três adolescentes que admitiram a participação na atividade ilícita, quais sejam, Jean Tavares Amoroso (fls. 36/37, Autos 166.07.000875-7), Elidionor Mota (fl. 48, Autos 166.07.000875-7) e Luciano Beluco (Autos nº 166.07.000875-7, fls. 49/50), restando,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conseqüentemente, a pena fixada, nesta fase, em 8 (oito) anos de reclusão e 733 (setecentos e trinta e três) dias multa, cada dia-multa no valor mínimo legal.

Não há causa de diminuição de pena. Consigno que a causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, parágrafo 4.o., da Lei 11/343/06, preceitua que 'nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, 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.' No caso dos autos, não se pode olvidar que o réu ELIANOR (DORINHO) era primário, contudo, integrava uma organização criminosa que, apesar de pequena se comparada ao tráfico internacional ou interestadual, sem dúvida, era uma organização criminosa, tanto que comprovada autoria e materialidade também do crime de associação para o tráfico, de modo que a causa de diminuição de pena é impossível.

No que se refere às causas de diminuição da pena previstas nos artigos 28, inciso II, parágrafo 1º e 2º do Código Penal e artigos 45 e 46 da Lei n.º 11.343/2006, entendo inviável, pois, em que pese o exame de dependência toxicológica realizado (fls. 413/415), ter concluído que o acusado "sim" é dependente de maconha e cocaína, porém, "em grau moderado", e, "ele possuía plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato", ao tempo do crime, bem como "sua capacidade de se determinar estava diminuída exclusivamente em relação ao uso das drogas referidas", temos que essa diminuição não foi conseqüência de caso fortuito ou força maior, mas em razão do consumo habitual da droga. O Código Penal não excluiu a imputabilidade ou a atenuou em razão da embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, como é o caso do acusado. Impõe-se enfatizar que 'Quando se trata de acusado de tráfico de drogas, principalmente, difícil será admitir que, no momento do crime, não conheça o caráter ilícito do fato ou não se possa autodeterminar, pois o mero ato de comercializar o tóxico, seja entregando a droga, seja recebendo ou dando troco, por exemplo, demonstra que está exercitando todas as faculdades inerentes à mente, isto é, raciocínio, inteligência, vontade e senso moral que, segundo assevera Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, referindo-se à saúde mental, quaisquer delas constitui indício de imputabilidade.' (TJRJ, Apelação Criminal, Rel. Des. Paulo Gomes, apud MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda, Lei de tóxicos, 5ª ed atual, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996, p. 189)

Assim, a pena resta fixada em 8 (oito) anos de reclusão e pagamento de 733 (setecentos e trinta e três) dias-multa, cada dia-multa no valor mínimo legal.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP), tenho que, in casu, é impossível, a sua aplicação, isto porque segundo entendimento emanado do egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado, o caráter extremamente brando do benefício da substituição é absolutamente incompatível com a ratio de repressão e prevenção imposta pela Lei Antitóxicos, mormente, quanto ao tráfico ilícito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de entorpecentes.

Nesse sentido: '(...) Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade. (...) (TJSC. Apelação criminal n. 01.004890-6, de Lages. Relator: Des. Souza Varella.) E, "(...) o elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, é incompatível com a política criminal descaracterizadora adotada pela Lei n. 9.714/98. (...)". (Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Alberto Costa.)

Ademais, o quantum da pena impede o benefício, bem como o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda expressamente a "conversão de suas penas em restritivas de direitos".

A suspensão condicional da pena (art. 77, CP), é inviável, pelo motivo de que não adequado o benefício do art. 44 do Código Penal.

3.4- DA APLICAÇÃO DA PENA AO ACUSADO ELIANOR MOTA (DORINHO) (artigo 35, da Lei n. 11.343/2006).

Tocante às circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), consigno que já foram analisadas supra.

Assim, estabelecido, pois, necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a pena base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, cada dia-multa no valor mínimo legal.

Não denoto a presença de quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Há que se reconhecer, como já consignado na fundamentação, o aumento de pena previsto no artigo 40, inciso VI da Lei nº 11.343/2006, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), eis que a narcotraficância envolvia e atingia adolescentes, sendo, desta forma, agregado 1/3 (um terço) da pena, considerando que foram três adolescentes que admitiram a participação na atividade ilícita, quais sejam, Jean Tavares Amoroso (fls. 36/37, Autos 166.07.000875-7), Elidionor Mota (fl. 48, Autos 166.07.000875-7) e Luciano Beluco (Autos n.º 166.07.000875-7, fls. 49/50), restando, conseqüentemente, a pena fixada, nesta fase, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1000 (um mil) dias multa, cada dia-multa no valor mínimo legal.

Não há causa de diminuição de pena. Consigno que a causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, parágrafo 4.o., da Lei 11/343/06, preceitua que "nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, 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." No caso dos autos, não se pode olvidar que o réu ELIANOR (DORINHO) era primário, contudo, integrava uma organização criminosa que, apesar de pequena se comparada ao tráfico internacional ou interestadual, sem dúvida, era uma organização criminosa, tanto que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovada autoria e materialidade também do crime de associação para o tráfico, de modo que a causa de diminuição de pena é impossível.

No que se refere às causas de diminuição da pena previstas nos artigos 28, inciso II, parágrafo 1º e 2º do Código Penal e artigos 45 e 46 da Lei nº 11.343/2006, entendo inviável, pois, em que pese o exame de dependência toxicológica realizado (fls. 413/415), ter concluído que o acusado "sim" é dependente de maconha e cocaína, porém, "em grau moderado", e, "ele possuía plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato", ao tempo do crime, bem como "sua capacidade de se determinar estava diminuída exclusivamente em relação ao uso das drogas referidas", temos que essa diminuição não foi consequência de caso fortuito ou força maior, mas em razão do consumo habitual da droga. O Código Penal não excluiu a imputabilidade ou a atenuou em razão da embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, como é o caso do acusado. Impõe-se enfatizar que "Quando se trata de acusado de tráfico de drogas, principalmente, difícil será admitir que, no momento do crime, não conheça o caráter ilícito do fato ou não se possa autodeterminar, pois o mero ato de comercializar o tóxico, seja entregando a droga, seja recebendo ou dando troco, por exemplo, demonstra que está exercitando todas as faculdades inerentes à mente, isto é, raciocínio, inteligência, vontade e senso moral que, segundo assevera Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, referindo-se à saúde mental, quaisquer delas constitui indício de imputabilidade." (TJRJ, Apelação Criminal, Rel. Des. Paulo Gomes, apud MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda, Lei de tóxicos, 5ª ed atual, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996, p. 189)

Assim, a pena resta fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1000 (um mil) dias-multa, cada dia-multa no valor mínimo legal.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP), tenho que, in casu, é impossível, a sua aplicação, isto porque segundo entendimento emanado do egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado, o caráter extremamente brando do benefício da substituição é absolutamente incompatível com a ratio de repressão e prevenção imposta pela Lei Antitóxicos, mormente, quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido: "(...) Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade. (...)" (TJSC. Apelação criminal n. 01.004890-6, de Lages. Relator: Des. Souza Varella.) E, "(...) o elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, é incompatível com a política criminal descaracterizadora adotada pela Lei n. 9.714/98. (...)" (Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Alberto Costa.)

Ademais, o quantum da pena impede o benefício, bem como o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda expressamente a "conversão de suas penas em restritivas de direitos".

A suspensão condicional da pena (art. 77, CP), é inviável, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivo de que não adequado o benefício do art. 44 do Código Penal. [...]." (fls. 115/118; sem grifos no original.)

O Tribunal local, em sede de apelação, confirmou integralmente os termos da sentença, sem acréscimos quanto à fixação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Pois bem. Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

A respeito, confira-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PENA-BASE. DOSIMETRIA JUSTIFICADA. REVISÃO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONTINUADO. RAZOABILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONCURSO MATERIAL. PENA-BASE. INDIVIDUALIZAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA UM DOS CRIMES. ORDEM DENEGADA.

1. Justificada a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de habeas corpus, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação.

2. Não se conhece de matéria não apreciada pelo Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância.

3. Nos crimes praticados em concurso material, deve o magistrado examinar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal para cada um dos delitos, devendo as penas-base serem exacerbadas individualmente.

4. Ordem denegada." (HC 56.110/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 30/04/2007.)

Como é cediço, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na espécie, conforme se observa da transcrição realizada, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal.

Assim, não obstante a constatação de algumas impropriedades, verifica-se que o *quantum* de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, **em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito de tráfico é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, somado ao delito de associação para o tráfico que é de 3 (três) a 10 (dez) anos, ambos de reclusão.**

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ESTUPRO QUALIFICADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. (1) PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO. IDONEIDADE. (2) REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES.

1. A fixação da pena-base é operação lógico-formal, que se submete, dogmaticamente, aos comandos dos arts. 59 e 68 do Código Penal. Não pode o magistrado, baseado apenas em seu sentir, sob pena de se quebrantar, ainda, o art. 93, IX, da Constituição da República, incrementar a pena.

2. Na hipótese, não se mostra desproporcional a fixação da pena-base com o acréscimo de um quarto, tendo em conta que, das circunstâncias do art. 59, militam em desfavor do acusado o comportamento da vítima, as conseqüências do delito e a culpabilidade exacerbada. O estupro qualificado, que tem pena mínima de oito anos, teve-a alçada a dez anos; já o homicídio qualificado, de doze foi a quinze anos.

3. Diante da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não se justifica o estabelecimento do regime integralmente fechado, mormente com o advento da Lei 11.464/07.

4. Ordem concedida, em parte, apenas para modificar o regime de integral para inicialmente fechado." (HC 52.937/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/09/2008; sem grifos no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE ROUBO.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e no caso de se tratar de flagrante ilegalidade. (Precedentes).

II - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Precedentes).

III - 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). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

IV - Dessa forma, em relação aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, constata-se que foi fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, baseada principalmente no modus operandi, nas circunstâncias e conseqüências do crime. Não há, portanto, como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus.

V - Porém, no tocante ao crime de roubo majorado, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

Writ parcialmente concedido." (HC 98.418/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/08/2008; sem grifos no original.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0036815-3

HC 163.970 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 166070010913 20080692948

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CAIO FERNANDO GALERA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : ELIANOR MOTTA (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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.