



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.816 - MT (2010/0047695-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : MOACIR AQUINO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (LEI 11.343/06, ART. 33, CAPUT). PENA-PENA: 6 ANOS DE RECLUSÃO, E ASSIM MANTIDA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (1 TROUXINHA DE COCAÍNA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO PARA REDUZIR A PENA-BASE IMPOSTA AO PACIENTE PARA 5 ANOS DE RECLUSÃO, E 500 DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL ESTADUAL AVALIE A POSSIBILIDADE DE DIMINUIÇÃO DE PENA COM FULCRO NO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06.

1. Evidente, no caso em exame, a ausência de fundamentação suficiente para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não se mostrando idônea a utilização de elementos próprios do tipo penal e a simples assertiva de serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais, sem o apontamento de qualquer elemento concreto.

2. É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de bis in idem.

3. Tendo em vista a diminuição da pena-base para o mínimo legal, deve ser concedida ordem de HC, de ofício, para que o Tribunal Estadual avalie a incidência, no caso, do § 4º. do art. 33 da Lei 11.343/06.

4. Concede-se a ordem para reduzir ao mínimo legal a pena-base imposta ao paciente (5 anos), mais 500 dias-multa, em regime inicial fechado, e, ainda, de ofício, para que o Tribunal *a quo* examine a possibilidade de diminuição da pena com fulcro no § 4º. do art. 33 da Lei 11.343/06.

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, deferir o pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mussi, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 16 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.816 - MT (2010/0047695-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : MOACIR AQUINO DA SILVA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MOACIR AQUINO DA SILVA, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que deu provimento à Apelação ministerial. O acórdão objurgado está assim ementado:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. PLEITO DE CONDENAÇÃO DO APELADO NAS PENAS DO ARTIGO 33, CAPUT, LEI N.11.343/2006. PROCEDÊNCIA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES UNÍSSONOS COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS. APELO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

O depoimento testemunhal de policiais reveste-se de indiscutível eficácia probatória quando em harmonia com outros elementos idôneos presentes nos autos, não havendo, pois, que se falar em sua absolvição (fls. 10).

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado por infração à norma do art. 33, *caput* da Lei 11.343/06 (narcotraficância), à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 550 dias-multa.

3. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal, argumentando, para tanto, ausência de fundamentação idônea.

4. Indeferida a liminar (fls. 24) e prestadas as informações solicitadas (fls. 52/74), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da República EDINALDO DE HOLANDA BORGES, manifestou-se pela concessão da ordem, em razão de vício da fundamentação (fls. 80/81).

5. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.816 - MT (2010/0047695-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

PACIENTE : MOACIR AQUINO DA SILVA

VOTO

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (LEI 11.343/06, ART. 33, CAPUT). PENA-PENA: 6 ANOS DE RECLUSÃO, E ASSIM MANTIDA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (1 TROUXINHA DE COCAÍNA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA REDUZIR A PENA-BASE IMPOSTA AO PACIENTE PARA 5 ANOS DE RECLUSÃO, E 500 DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL ESTADUAL AVALIE A POSSIBILIDADE DE DIMINUIÇÃO DE PENA COM FULCRO NO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06.

1. *Evidente, no caso em exame, a ausência de fundamentação suficiente para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não se mostrando idônea a utilização de elementos próprios do tipo penal e a simples assertiva de serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais, sem o apontamento de qualquer elemento concreto.*

2. *É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de bis in idem.*

3. *Tendo em vista a diminuição da pena-base para o mínimo legal, deve ser concedida ordem de HC, de ofício, para que o Tribunal Estadual avalie a incidência, no caso, do § 4º. do art. 33 da Lei 11.343/06.*

4. *Concede-se a ordem para reduzir ao mínimo legal a pena-base imposta ao paciente (5 anos), mais 500 dias-multa, em regime inicial fechado, e, ainda, de ofício, para que o Tribunal a quo examine a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de diminuição da pena com fulcro no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.

1. Cuida-se de *mandamus* em que se objetiva a redução da pena-base ao mínimo legal.

2. Adverte-se que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias na ação de *Habeas Corpus*, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade, passível de conhecimento sem maiores digressões sobre aspectos fáticos ou subjetivos (HC 133.289/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 22.02.10; HC 114.303/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09.11.09; HC 74.482/PR, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 06.08.07).

3. Na hipótese, o paciente foi absolvido em primeiro grau, tendo sido acolhido o recurso de Apelação ministerial pelo Tribunal Estadual, que condenou-o à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. Quando da dosimetria da pena aduziu o douto Relator o seguinte:

Examinando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, tendo que, quanto a culpabilidade do agente, como grau de reprovabilidade da conduta, de acordo com as circunstância pessoais do agente e com as características e circunstâncias do fato praticado, forçoso concluir que se trata de um comportamento contrário aos ideais de um Estado

Democrático de Direito, por promover o enriquecimento do particular em detrimento da saúde pública.

No que tange aos antecedentes, é tecnicamente primário, conforme certidão de nº 8597 (fls.24).

Quanto à conduta social não há elementos nos autos par oferecê-la e no que tange a personalidade, que trata da índole do agente, seu perfil psicológico e moral, além da gravidade da conduta, tal, de per si, indica que se trata de um cidadão voltado para a prática de ilícitos.

O motivo do crime é a tentativa de ganhar dinheiro fácil às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expensas da saúde pública.

Já as circunstâncias e conseqüências do crime que são os aspectos relativos ao delito e à extensão do dano produzido pelo crime, respectivamente, indicam que o acusado efetuou a venda de entorpecentes.

O comportamento da vítima (a sociedade) em nada contribuiu para o crime.

Assim, possuindo o agente a maioria de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena base deve ser fixada em 06 (seis) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à base de 1/30 do salário mínimo vigente a época do fato.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Passando a terceira fase da dosimetria da pena, verifico que não existem causas de aumento e diminuição, razão pela qual torno a pena definitiva no patamar de 06 (seis) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, valorado em um trigésimo do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

Com relação ao regime de cumprimento da pena, deverá o Apelado cumprir referida pena no regime semiaberto, diante do disposto no artigo 33, § 2o., b do Código Penal, pois o crime foi praticado em 24 de fevereiro de 2007, não podendo a Lei 11.464/2007 retroagir para prejudicar o réu (fls. 15/16).

4. *In casu*, evidente a ausência de fundamentação suficiente para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não se mostrando idônea a utilização de elementos do próprio tipo penal e a simples afirmativa de serem *desfavoráveis* as circunstâncias judiciais, sem o apontamento de qualquer elemento concreto.

5. Outro não tem sido o entendimento desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. FURTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA RECALCULAR A PENA.

1. *A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie, porquanto o Paciente é tecnicamente primário e o delito de furto não foi cometido com violência ou grave ameaça.

2. *Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.*

3. *Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.*

4. *A sentença, no que foi ratificada pelo acórdão impugnado, considerou como negativas as circunstâncias referentes à conduta social, à culpabilidade, aos motivos e às consequências do crime com fundamentos inerentes ao próprio tipo penal, já consideradas pelo próprio legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada, não podendo, justamente por isso, serem novamente valoradas pelo julgador sob pena de incorrer-se no vedado bis in idem.*

5. *Ordem concedida para, de ofício, redimensionar a pena imposta do ora Paciente, nos termos do voto, e, acolhendo o pedido deduzido na impetração, substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 111.204/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13.09.2010)*

6. Tendo em vista a diminuição da pena-base para o mínimo legal, de ofício, determina-se que o Tribunal Estadual analise a possibilidade de incidência, no caso, da minorante prevista no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.

7. Isso posto, concede-se a ordem para reduzir ao mínimo legal a pena-base imposta ao paciente (5 anos), mais 500 dias-multa, em regime inicial fechado, e, ainda, de ofício, para que o Tribunal a quo examine a possibilidade de diminuição da pena com fulcro no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0047695-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 165.816 / MT

MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 102570

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

PACIENTE : MOACIR AQUINO 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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

" A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário