



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.347 - MG (2010/0209885-3)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS
ADVOGADO : ROBSON DE SOUZA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 2,26 G (DOIS GRAMAS E VINTE E SEIS CENTIGRAMAS) DE *CRACK*. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL COMO DESFAVORÁVEIS. READEQUAÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ÉDITO REFORMADO PELA CORTE A *QUO* NO PONTO, COM BASE NO RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO ERRÔNEA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Os fatos de o Condenado ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base, sob a justificativa de exacerbação da culpabilidade.

2. Não pode a pena-base ser majorada com base em referências vagas, genéricas, carentes de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como o fizeram as instâncias ordinárias quanto à motivação do delito.

3. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula n.º 444/STJ, na qual se sedimentou o entendimento de que "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

4. As consabidas e ordinárias consequências que o tráfico – a despeito de indesejadas – gera no meio social, de igual maneira, não podem ensejar a valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena, sem fundamentação objetiva. Vide STJ, HC 193.944/GO, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Des. Convocado do TJ/CE –, DJe de 25/04/2011; STJ, HC 175.747/BA, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 13/12/2010, v. g.).

5. Desse modo, em razão de as instâncias ordinárias terem-se limitado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressaltar aspectos próprios do tipo penal referente ao tráfico de drogas, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, afastado-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis.

6. Faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, o Condenado primário, de bons antecedentes e que não se dedica a atividades delituosas ou integra organizações criminosas. No caso, explicita-se que, afastada a valoração errônea referente aos maus antecedentes do Paciente – único óbice apontado pela Corte *a quo* no ponto –, é de rigor a aplicação da referida minorante.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

8. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "*a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS*".

9. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão no regime prisional inicial aberto, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, ficando a cargo deste juízo o exame do preenchimento por parte do Paciente dos requisitos necessários para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.347 - MG (2010/0209885-3)

IMPETRANTE : EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS
ADVOGADO : ROBSON DE SOUZA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS – condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, após o julgamento da apelação, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

"TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO-DEPOIMENTOS POLICIAIS - DEMAIS PROVAS - DELITO CARACTERIZADO.

Inadmissível o pedido de absolvição por insuficiência de provas quando são apreendidas onze pedras de 'crack' na residência do réu, operação acompanhada por uma testemunha civil, sendo o réu conhecido no meio policial pelo envolvimento com o tráfico e pelas denúncias anônimas contra ele. Além disso, é torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos ou suspeitos em prestar depoimento, prevalecendo suas palavras, mormente se harmônicas com o conjunto probatório dos autos.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4, DA LEI FEDERAL Nº 11.343/ 06 - AFERIÇÃO DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS - INADEQUAÇÃO DA CONDIÇÃO - RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES - DECOTE.

Apesar de entender que a causa de diminuição não pode ser afastada pelo fato do agente dedicar-se à atividade criminosa, condição que é elementar do tipo e que não foi qualificada na lei, se o réu é portador de maus antecedentes não preenche uma das condições para a aplicação do benefício, devendo ser este decotado.

'SURSIS' - CRIME HEDIONDO - REGIME INICIALMENTE FECHADO - INCOMPATIBILIDADE.

A Lei Federal 11.464/07, que deu nova redação ao § 10 do art. 20 da Lei Federal 8.072/90, passou a determinar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena aos condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados, não autorizando a conclusão de que o regime possa ser diverso daquele previsto, ou que seja possível a substituição ou o 'sursis'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela só incompatibilidade.

CUSTAS JUDICIAIS - CONDENAÇÃO - SÚMULA CRIMINAL 58 DO TJMG - ISENÇÃO EM 2º GRAU - IMPOSSIBILIDADE - NATUREZA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA QUE PRESSUPÕE LANÇAMENTO REALIZADO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

*As custas judiciais têm natureza jurídico-tributária inegável e como tal exigem um fato gerador específico, de modo que a só condenação prevista no art. 804 do Código de Processo Penal e na Súmula Criminal 58 deste Tribunal, não justifica competência para o reconhecimento da isenção a que se refere o art. 10, II, , da Lei Estadual 14.939/03, seja porque as isenções condicionadas exigem prévio lançamento e despacho em cada caso, seja porque somente com o trânsito em julgado se consolida o fato gerador da obrigação apontada, tornando o Juízo da Execução única autoridade competente para o reconhecimento. **Recurso defensivo não provido e recurso ministerial provido, com recomendação - mandado de prisão.**" (fl. 207 – sem grifos no original).*

Colhe-se nos autos que o Paciente foi preso em flagrante no 1.º de julho de 2008. Na denúncia, esclareceu-se que o Paciente *"tinha em depósito para fins de mercancia cerca de 2,26 g (dois gramas e vinte e seis centigramas) de substância sólida, de cor amarelada, distribuída em em pequenos sacos plásticos a qual constatou-se como sendo 'crack' (...)"* (fls. 23/24).

Em primeiro grau de jurisdição, o Paciente foi condenado à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, tendo sido concedida a suspensão condicional da pena. **Na oportunidade, foi reconhecido, ainda, seu direito de aguardar em liberdade do julgamento da apelação** (quando, posteriormente, a Corte Impetrada reformou a sentença, conforme ementa acima reproduzida).

Na presente sede processual, alega-se, em suma, que o Paciente deve ter a pena diminuída com fundamento no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06. Sustenta-se, também, que a pena-base foi aumentada inidoneamente.

Narra-se, ainda, que o Condenado permaneceu em liberdade entre a prolação da sentença e o acórdão, razão pela qual é ilegal a prisão cautelar determinada pelo Tribunal *a quo*.

Requer-se, liminarmente, o recolhimento do mandado de prisão e, no mérito, a readequação da pena, com aplicação do redutor previsto no § 4.º, do art. 33, da já mencionada Lei – como o fez o Juiz sentenciante – à razão de 2/3, diminuição da pena-base, fixação de regime inicial aberto e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Indeferi a liminar às fls. 261/262, ocasião em que dispensei as informações.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 270/279, pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.347 - MG (2010/0209885-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 2,26 G (DOIS GRAMAS E VINTE E SEIS CENTIGRAMAS) DE CRACK. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL COMO DESFAVORÁVEIS. READEQUAÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ÉDITO REFORMADO PELA CORTE A QUO NO PONTO, COM BASE NO RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO ERRÔNEA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Os fatos de o Condenado ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base, sob a justificativa de exacerbação da culpabilidade.

2. Não pode a pena-base ser majorada com base em referências vagas, genéricas, carentes de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como o fizeram as instâncias ordinárias quanto à motivação do delito.

3. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula n.º 444/STJ, na qual se sedimentou o entendimento de que "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

4. As consabidas e ordinárias consequências que o tráfico – a despeito de indesejadas – gera no meio social, de igual maneira, não podem ensejar a valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena, sem fundamentação objetiva. Vide STJ, HC 193.944/GO, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Des. Convocado do TJ/CE –, DJe de 25/04/2011; STJ, HC 175.747/BA, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 13/12/2010, v. g.).

5. Desse modo, em razão de as instâncias ordinárias terem-se limitado a ressaltar aspectos próprios do tipo penal referente ao tráfico de drogas, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, afastado-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis.

6. Faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, o Condenado primário, de bons antecedentes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não se dedica a atividades delituosas ou integra organizações criminosas. No caso, explicita-se que, afastada a valoração errônea referente aos maus antecedentes do Paciente – único óbice apontado pela Corte *a quo* no ponto –, é de rigor a aplicação da referida minorante.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

8. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu *"a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS"*.

9. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão no regime prisional inicial aberto, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, ficando a cargo deste juízo o exame do preenchimento por parte do Paciente dos requisitos necessários para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

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

Na hipótese, o Paciente foi abordado ao portar, para fins tráfico, 11 pedras de *crack*, equivalentes a 2,26 g (dois gramas e vinte e seis centigramas).

A ordem deve ser concedida.

Inicialmente, o Juízo Sentenciante aumentou a pena-base em seis meses – no que foi mantido pela Corte Impetrada – porque a culpabilidade do Paciente era "média" pois, muito embora fizesse uso de remédios controlados, ao praticar a condita tinha certa consciência do "*caráter ilícito de suas ações*"; o Condenado "*registra antecedentes conforme certidão juntada aos autos, não obstante ele é primário*"; são os "*motivos do crime totalmente injustificados*"; e as consequências do tráfico são graves, colocando-se a saúde pública "*em risco*" (fls. 141/142).

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

Na hipótese dos autos, contudo, verifica-se ilegalidade no aumento da pena-base.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, verifica-se, da simples leitura da sentença condenatória, que a valoração negativa da culpabilidade foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação, pois o Magistrado não indicou nenhum fato concreto que justificasse a valorização negativa da mencionada circunstância judicial.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES E HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NOS ANTECEDENTES DO RÉU. POSSIBILIDADE.

1. Em relação à culpabilidade, o magistrado singular se limitou a afirmar que 'o réu agiu de forma absolutamente censurável, sem se intimidar com o mal que poderia causar à vítima com a sua conduta de passar a arma ao executor dos disparos.'

2. Na exasperação da pena-base com fundamento na culpabilidade, para a demonstração de maior ou menor censurabilidade da conduta, deve o magistrado enfatizar a realidade concreta em que esta ocorreu, bem como a intensidade do dolo do agente, o que, no caso dos autos, não ocorreu.

3. [...].

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente para 7 anos, resultando a pena definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado." (HC 171.395/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 01/02/2012.)

Relembre-se, outrossim, que os fatos de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena. Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME COMO DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. NOTÍCIA DE SEIS CONDENAÇÕES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUMENTO JUSTIFICADO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

2. O fato de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta, de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito, não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base como culpabilidade.

3. A existência de condenação e inquéritos anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime. Precedentes.

4. O fato de a res furtiva ter sido restituída parcialmente à vítima não constitui fundamento legítimo para a exasperação, por se tratar de evento comum à espécie (crime de roubo). Precedente.

5. Sendo noticiada na sentença condenatória a existência de seis condenações, presumidamente com trânsito em julgado, não tendo a Impetrante sequer alegado o contrário ou trazido aos autos prova nesse sentido, mostra-se perfeitamente idônea a motivação apresentada pelo julgador para majorar a pena-base pelos maus antecedentes.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, apenas, na parte relativa à dosimetria das penas, que ficam quantificadas em 05 anos e 04 meses de reclusão, e 10 dias-multa." (HC 155.250/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 05/03/2012.)

Observa-se, ainda, que foi indevidamente exasperada a reprimenda do Acusado no que diz respeito aos antecedentes criminais.

Segundo documentação dos autos, à época da sentença não havia condenação transitada em julgado em desfavor do Paciente, apenas processos ainda em curso.

Porém, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido dispõe a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE (PECULATO-DESVIO) DE PREFEITO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL COMO DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE FATORES QUE SE AFASTAM DOS COMUNS À ESPÉCIE. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. ADMISSIBILIDADE. RESSARCIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ÍNFIMO DO DANO CAUSADO. PREJUÍZO EXPRESSIVO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA NA SEGUNDA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser levados em consideração para fixação da pena-base, em respeito ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Precedentes.

2. Fatores que se afastam dos comuns à espécie, como o fato de o crime ter sido cometido em concurso de agentes e de ter sido expressivo o dano causado aos cofres públicos, constituem razões suficientes para a exasperação da pena-base.

3. Tem-se por fundamentada a não-aplicação pelo Magistrado da atenuante da reparação do dano, prevista no art. 65, inciso III, alínea c, do Código Penal, diante das considerações deduzidas na fixação da pena-base no sentido da expressividade do dano causado ao erário, sendo, pois, desnecessário qualquer outro esclarecimento, na segunda fase, como forma de se evitar indevida tautologia.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação imposta, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, que fica quantificada em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão." (HC 135.421/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 30/11/2009.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E DE CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DESCABIMENTO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO DA VÍTIMA. DESFAVORABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO É PRÓPRIA DO TIPO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. OBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO PARCIALMENTE.

1. Não podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, má personalidade ou má conduta social, inquéritos policiais ainda em andamento e condenação sem certificação de trânsito em julgado, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes deste STJ.

2. Não há constrangimento ilegal na consideração negativa das consequências do delito com base no prejuízo da vítima, pois não se pode dizer que tal fato seja inerente ao tipo do art. 157 do CP, merecendo, então, ser devidamente sopesado quando da aplicação da reprimenda básica, em observância do princípio da individualização da pena.

3. Ordem parcialmente concedida para excluir da pena-base o aumento em razão dos maus antecedentes do paciente, ilegalmente considerados, restando a sanção definitiva em 5 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o aresto combatidos." (HC 110.092/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 13/10/2009.)

De igual forma, não podem ser consideradas negativamente as consabidas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias consequências que o tráfico gera à sociedade, que – a despeito de serem indesejadas –, não podem ensejar a valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena, sem fundamentação objetiva.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUALIDADE E QUANTIDADE DE DROGA. ARGUMENTO SUFICIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as **consequências** do crime não podem ser apontadas como desfavoráveis ao acusado se, para **sua consideração negativa, o magistrado utilizou apenas elementos inerentes à caracterização do delito, como a vontade livre e consciente de agir, a difusão da droga e a busca pelo lucro fácil, enfatizando a gravidade abstrata do delito, não sendo nenhum desses argumentos aptos a justificar a exacerbação da reprimenda básica.** Da mesma forma, o número de integrantes, no que tange ao delito de associação para o tráfico - in casu, quatro -, não constitui argumento idôneo para o implemento da pena-base.

2. Encontra-se fundamentado, de outro lado, no que tange ao crime de tráfico, o acréscimo da pena-base em razão da qualidade e quantidade de droga, diga-se, três porções de cocaína apreendidas com o acusado, além de 475,281 gramas da mesma droga, mantidas em depósito.

3. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que integra organização criminosa, inclusive tendo sido condenado pelo delito de associação para o tráfico, além de, segundo conclusão das instâncias ordinárias, se dedicar a atividades criminosas, pois não foram preenchidos todos os requisitos legais.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 6 meses de reclusão, e 450 dias-multa, quanto ao delito de tráfico, e 2 anos e 6 meses de reclusão, e 650 dias-multa, no que tange ao delito de associação para o tráfico, mantido o regime fechado para início de seu cumprimento." (HC 193.944/GO, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES – Des. Convocado do TJ/CE –, DJe de 25/04/2011 – sem grifos no original.)

"PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS. INEXISTÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS. DADOS INTRÍNSECOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 MAIS BENÉFICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Hipótese na qual o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 12 da lei 6.369/76.

III. Magistrado singular que reputou desfavoráveis a quantidade de droga apreendida, a personalidade do réu, que não apresentou arrependimento ou tendência à reabilitação, **e as consequências danosas do crime.**

IV. A valoração negativa da personalidade do agente deve encontrar respaldo em elementos concretos dos autos, sendo insuficientes meras ilações a respeito de tendências criminosas ou arrependimento.

V. A justificativa de que a conduta do réu colabora com a propagação das drogas não autoriza o aumento da pena-base, por configurar fato inerente ao próprio tipo de tráfico de drogas.

VI. [...]." (HC 175.747/BA, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 13/12/2010 – sem grifos no original.)

Desse modo, em razão de as instâncias ordinárias terem-se limitado a ressaltar aspectos próprios do delito de tráfico, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, afastado-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis.

Prosseguindo, no caso, **curiosamente**, o Juízo Processante, a despeito de aumentar a pena-base, aplicou a minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei N.º 11.343/06, *litteris*:

*"Milita em favor do condenado a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, vez que é **ele primário, conforme certidão de antecedentes juntada aos autos e não há informações de que o mesmo dedica a atividades criminosas nem integra a organização criminosa**, pelo que reduzo as penas aplicadas em 2/3 (dois terços), considerando as consequências do crime, bem como sua gravidade, tornando assim concretas e definitivas as penas do réu EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS, em 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 190 (cento e noventa) dias multa (...)"* (fl. 142 – sem grifo no original).

A referida causa de diminuição, porém, foi excluída pelo Tribunal Impetrado sob a seguinte fundamentação, *in verbis*:

"No entanto, deixaria consignado que o que se vê dos autos é que o réu, apesar de tecnicamente primário, apresenta antecedentes maculados, conforme consta da Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 33/35, sendo que responde a um inquérito pelo cometimento do delito de ameaça (art. 147, do Código Penal), por fato datado de 07/05/2008, por roubo qualificado, em fato datado de 29/11/2005, por um homicídio qualificado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que já foi pronunciado, por fato datado de 02/09/2002, na comarca de Passos, além de haver apontamento da existência de dois outros processos criminais na Comarca de Piumhi, um por roubo qualificado e outro por homicídio qualificado, ambas as ações desenvolvidas em momento anterior ao crime em questão já que as cartas precatórias fora enviadas em data anterior.

De outro lado, a Folha de Antecedentes Criminais de fls. 25 a 27 nos dá conta da existência de prisão em flagrante em 2000 pelo crime de roubo qualificado na Comarca de Piumhi e de inquérito por furto no de 2005, o que não deixa dúvida de que a vida pregressa do réu não recomendaria a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 401, da Lei Federal 11.343/06.

Neste contexto, diante dos antecedentes do réu, e não pela dedicação à atividade criminosa, entendo que deve ser decotada a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06." (fl. 237; sem grifo no original).

Ao final, excluída a minorante, a pena foi fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado.

Como se sabe, são requisitos para que o Paciente faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

No caso, o acórdão excluiu referida minorante, tão-somente, por reconhecer que o Paciente possuía maus antecedentes.

Entretanto, conforme já esclarecido no presente voto, não se considerou, corretamente, a questão dos maus antecedentes.

Dessa forma, o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que não estão configurados os maus antecedentes, único fundamento apresentado pelo Tribunal *a quo* para negar ao Paciente a aplicação da referida causa de diminuição.

Com igual conclusão, desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. *Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.*

2. *Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, ações penais andamento não podem ser levadas à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste Superior Tribunal.*

3. *Os motivos e as consequências do crime, quando próprios do tipo, não servem para justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria.*

4. *Verificado que, na primeira etapa da dosimetria, as instâncias ordinárias levaram em consideração a maior reprovabilidade do modus operandi empregado no cometimento de delito, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a*
[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. AFASTAMENTO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO ANALISARAM O EVENTUAL PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE.

1. *Afastados os maus antecedentes do agente, única condição apontada para negar a aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devida a análise pelo Juízo de primeiro grau dos demais requisitos necessários para o reconhecimento da incidência da minorante, não examinados pelas instâncias ordinárias.*

2. *Habeas corpus parcialmente conhecido e, no mais, concedida em parte a ordem, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, concedendo-se, ainda, habeas corpus de ofício para reconhecer em seu favor as atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea, ficando a sua reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa, determinando-se, ainda, que o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS, diante do afastamento dos maus antecedentes, analise o eventual preenchimento dos demais requisitos necessários para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. " (HC 140.692/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 23/05/2011.)*

Assim, por ser o Paciente réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, cabível a aplicação da minorante, à mesma razão alvitrada pelas instâncias ordinárias.

Quanto ao regime prisional, o Tribunal de origem estabeleceu o fechado à míngua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de qualquer fundamentação, o que configura constrangimento ilegal.

Isso porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. ""

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º, do art. 2.º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n.º 8.072/90, vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcreva-se os fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Assim, consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal, conforme a hipótese.

Na espécie, incidem as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto"* e que *"[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.

1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semi-aberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).

2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idônea."

3. *Ordem concedida.*

4. *Extensão da ordem, de ofício, ao co-réu.*" (HC 83.613/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 30/04/2004.)

Assim, tendo em vista tratar-se de Condenado à sanção definitiva de um ano e oito meses de reclusão, primário, de bons antecedentes, que teve a pena-base fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 no patamar máximo, faz este juz ao regime inicial aberto.

Por fim, verifico que, nas instâncias ordinária, nada se decidiu quanto à substituição da pena privativa de liberdade.

Quanto ao tema, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Eis a ementa do mencionado acórdão:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.*

2. *No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente." (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/12/2010.)

Por conseguinte, este Superior Tribunal de Justiça passou a decidir na mesma esteira: HC 192.836/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 15/06/2011; HC 180.812/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/06/2011; HC 141.220/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 15/06/2011, v.g.

Acrescente-se, ainda, que, em 15/02/2012, foi editada a Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da referida regra, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."

Desse modo, deve ser avaliada, pelo Juízo das Execuções, a possibilidade de o Paciente ter a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois inconstitucional o fundamento adotado para não reconhecer tal direito.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime prisional inicial aberto, com condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções, ficando ainda a cargo deste juízo o exame do preenchimento pelo Paciente dos requisitos necessários para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0209885-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 190.347 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10479081503134 479081476620 479081503134

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EMERSON ALEXANDRE DOS SANTOS
ADVOGADO : ROBSON DE SOUZA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.