



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.005 - MT (2010/0228001-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JAISON OSVALDO DELLA GIUSTINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : ANTÔNIO BORGES DE OLIVEIRA

EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 333, § ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. FUNDAMENTO NÃO VENTILADO NAS RAZÕES RECURSAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES, CONDOTA SOCIAL E PERSONALIDADE. MAJORAÇÃO COM BASE EM INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA AFERIÇÃO. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL COMO DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. SANÇÃO DEFINITIVA ALVITRADA EM TEMPO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO, FIXAR A PENA EM 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 13 (TREZE) DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL ABERTO, COM CONDIÇÕES A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, DEVENDO AINDA O MESMO ÓRGÃO JURISDICIONAL AVALIAR A POSSIBILIDADE DE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SER SUBSTITUÍDA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.*

1. A despeito da documentação dos autos revelar que a atuação dos Advogados do Paciente em segundo grau de jurisdição foi muito combativa – tendo sido opostos embargos de declaração contra o acórdão da apelação e, ainda, interposto recurso especial perante esta Corte – em nenhuma ocasião, **mormente nas razões da apelação**, nada se alegou sobre eventual insuficiência ou ausência de defesa técnica. Assim, avaliar tal pedido significaria vedada supressão de instância, pois o *"efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio"* (HC 241.376/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

2. 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. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, e com base em dados concretos, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

3. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, em relação à culpabilidade do agente.

4. 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".

5. A circunstância judicial da personalidade não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

6. Não pode ser considerada como circunstância judicial desfavorável a assertiva de que o Condenado "**corrompeu a dois policiais**". Evidentemente narrou-se conduta ínsita ao delito de corrupção ativa pois, segundo o próprio paradigma tipificado no art. 333, *caput*, do Código Penal, resta proibida a conduta "[o]ferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público".

7. Não são aptas para majorar a pena na primeira fase da dosimetria a mera consideração de que as **consequências** do delito são graves, por não haver fundamentação objetiva.

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

9. *Habeas corpus* parcialmente concedido e, nessa extensão, concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 3 (três) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, em regime inicial aberto, com condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, devendo ainda o mesmo Órgão Jurisdicional avaliar a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser substituída por reprimendas 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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa extensão, 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 193.005 - MT (2010/0228001-9)

IMPETRANTE : JAISON OSVALDO DELLA GIUSTINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : ANTÔNIO BORGES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTÔNIO BORGES DE ALMEIDA – condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 333, § único, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa –, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado (fls. 737/738):

"APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CORRUPÇÃO ATIVA - PRELIMINARES DE NULIDADE ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA - ILEGITIMIDADE AD CAUSAM AO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - NULIDADE DO DECRETO CONDENATÓRIO FACE À FIXAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E PENA DE MULTA E FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO INICIALMENTE FECHADO - AFASTADAS - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS, DIANTE DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE “NEGOCIAÇÕES” HAVIDAS ENTRE POLICIAIS E O APELANTE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1- Apesar de o acusado já encontrar-se preso provisoriamente pela prática de tráfico de entorpecente internacional quando de sua prisão em flagrante pela prática do delito de corrupção ativa, prevalece a competência da Justiça Estadual para julgar este último crime, pois o sujeito passivo direto neste crime é o Estado de Mato Grosso e não a União Federal, vez que os agentes policiais a quem o apelante prometera e/ou entregara vantagens indevidas, são servidores do Estado de Mato Grosso, que é o titular da regularidade da função administrativa, em especial no que diz respeito à probidade de seus funcionários, inexistindo lesão a bens e interesses da União, não havendo, dessa forma, falar em competência da Justiça Federal.

2 - Sendo o Ministério Público o titular do jus puniendi nada o impede, além de requisitar informações, documentos para instruir diversos procedimentos e investigações para a apuração de ilícitos penais, pois, nos moldes do art. 129, IX, da Constituição Federal, é também função do Ministério Público: “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

3 - No caso concreto, a pena aplicada seguiu criteriosamente a previsão do art. 59 do Código Penal Brasileiro, tanto que as circunstâncias judiciais foram devidamente analisadas uma a uma, tendo a pena-base sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixada acima do piso legal em decisão judiciosamente fundamentada. O regime de cumprimento inicialmente fechado foi corretamente fixado, bem como a não substituição por pena restritiva de direitos, vez que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são desfavoráveis ao recorrente.

4 - A materialidade e autoria restaram devidamente comprovadas nos autos, pelo que os elementos coligidos dão conta de que existiu por parte do apelante Antônio Borges promessa e efetiva entrega de um carro ao agente policial Edvaldo, bem como promessa de quitação do consórcio ao agente policial Duque, a fim de que os mesmos “autorizassem” as saídas do apelante da cadeia de Alto Araguaia, mormente diante da falta de comprovação dos dois negócios.

Recurso improvido."

Alega-se, na presente impetração, em suma, que resta configurada nulidade absoluta no processo-crime, em razão do *"evidente prejuízo ao paciente, vez que não houve defesa técnica na Ação Penal"* (fl. 36), e porque a pena-base foi exasperada acima do mínimo legal sem fundamentação idônea.

Requer-se, assim, *"seja declarada a nulidade do processo a partir da defesa prévia"*, ou, alternativamente, seja decotada *"da pena-base as circunstâncias judiciais consideradas em desfavor do paciente, aplicando-a definitivamente em 1 (um) ano"* (fl. 36).

O eminente Ministro ARI PARGENDLER, então Presidente desta Corte, indeferiu o pedido liminar formulado durante as férias forenses (fl. 1.115).

As informações foram prestadas às fls. 1.123/1.127, acompanhadas de documentos essenciais à solução da controvérsia.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1.226/1.231, em parecer assim ementado (fl. 1.226):

"HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. TESE NÃO SUBMETIDA AO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

I – O Tribunal a quo não apreciou a alegação de nulidade processual por ausência de defesa técnica, o que inviabiliza o conhecimento da presente impetração nesse ponto, sob pena de se proceder à indevida supressão de instância.

II – Não há que se falar em ilegalidade ou abuso de poder na fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista que tanto o decisum singular quanto o aresto guerreado justificaram satisfatoriamente a exasperação, lastreados em dados concretos e ressaltando a preponderância das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

III – Parecer pelo parcial conhecimento da ordem e, na parte conhecida, pela sua denegação."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 193.005 - MT (2010/0228001-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 333, § ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. FUNDAMENTO NÃO VENTILADO NAS RAZÕES RECURSAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. MAJORAÇÃO COM BASE EM INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA AFERIÇÃO. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL COMO DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. SANÇÃO DEFINITIVA ALVITRADA EM TEMPO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO, FIXAR A PENA EM 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 13 (TREZE) DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL ABERTO, COM CONDIÇÕES A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, DEVENDO AINDA O MESMO ÓRGÃO JURISDICIONAL AVALIAR A POSSIBILIDADE DE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SER SUBSTITUÍDA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A despeito da documentação dos autos revelar que a atuação dos Advogados do Paciente em segundo grau de jurisdição foi muito combativa – tendo sido opostos embargos de declaração contra o acórdão da apelação e, ainda, interposto recurso especial perante esta Corte – em nenhuma ocasião, **mormente nas razões da apelação**, nada se alegou sobre eventual insuficiência ou ausência de defesa técnica. Assim, avaliar tal pedido significaria vedada supressão de instância, pois o *"efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio"* (HC 241.376/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

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

3. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação, como ocorrido, na hipótese, em relação à culpabilidade do agente.

4. 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".

5. A circunstância judicial da personalidade não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

6. Não pode ser considerada como circunstância judicial desfavorável a assertiva de que o Condenado "**corrompeu a dois policiais**". Evidentemente narrou-se conduta ínsita ao delito de corrupção ativa pois, segundo o próprio paradigma tipificado no art. 333, *caput*, do Código Penal, resta proibida a conduta "[o]ferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público".

7. Não são aptas para majorar a pena na primeira fase da dosimetria a mera consideração de que as **consequências** do delito são graves, por não haver fundamentação objetiva.

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

9. *Habeas corpus* parcialmente concedido e, nessa extensão, concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 3 (três) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, em regime inicial aberto, com condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, devendo ainda o mesmo Órgão Jurisdicional avaliar a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser substituída por reprimendas restritivas de direitos.

VOTO

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

Inicialmente, quanto à alegação de ausência de defesa técnica, tem-se que o *writ* não pode ser conhecido

A documentação dos autos revela que a atuação da Defesa em segundo grau de jurisdição foi muito combativa, tendo sido opostos embargos de declaração contra o acórdão, e ainda interposto recurso especial perante esta Corte. Porém, em nenhuma ocasião, muito **menos nas razões da apelação**, nada se mencionou acerca de insuficiência ou ausência de defesa técnica.

Assim, não pode este Superior Tribunal de Justiça apreciar tal alegação, não ventilada perante o Tribunal *a quo*, sob pena de supressão de instância, por não poder ser tida como questão que deva ser revista em razão do efeito devolutivo amplo a que se dá ao recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de apelação.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. PROVA OBTIDA ATRAVÉS DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ILEGALIDADE.

MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. TEMA NÃO SUSCITADO PELA DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão que negou provimento ao apelo defensivo não fez qualquer menção à alegada ilegalidade da prova que originou a ação penal na qual o paciente restou condenado pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, até mesmo porque em momento algum a defesa aventou tal tese nas suas razões recursais.

3. Tal matéria deveria ter sido, por óbvio, arguida no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração, no ponto, por este Sodalício, sob pena de configurar-se a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 241.376/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012 – grifei)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO.

REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da droga apreendida (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), o quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. A questão da possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sequer foi ventilada nas razões do recurso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelação, razão pela qual tais matérias não foram apreciadas pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sobe pena de indevida supressão de instância.

3. Embora o recurso de apelação devolva ao Juízo ad quem toda a matéria objeto de controvérsia, o seu efeito devolutivo encontra limites nas razões aventadas pelo recorrente, em homenagem ao princípio da dialeticidade, que rege os recursos no âmbito do Processo Penal, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte adversa, garantindo-se, assim, o respeito ao devido processo legal.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada." (HC 176.728/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 27/06/2012 – grifei.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OU DEBATIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. De ressaltar que a sentença condenatória transitou em julgado e a suposta ilegalidade na fixação da pena-base não foi suscitada nas razões da apelação, tampouco debatida pela Corte de origem.

2. No caso, a defesa limitou-se a pleitear, na petição de interposição do referido reclamo, a absolvição do paciente. Assim, não há ilegalidade, em princípio, no fato de o Tribunal a quo não se manifestar a respeito dessa matéria.

3. Não se desconhece o amplo efeito devolutivo do recurso de apelação. Entretanto, o Tribunal está adstrito ao pedido elaborado em tal recurso, podendo apreciar, com profundidade, todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado, ou seja, o recorrente determina a extensão do inconformismo. Precedentes do STJ.

4. Desse modo, se questões arguidas no presente writ não foram ventiladas e sequer enfrentadas pela Corte Estadual, a defesa não pode suscitá-las diretamente perante o Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

5. Ademais, consoante jurisprudência pacífica desta Corte, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias, em sede de habeas corpus, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade, o que não se vislumbra na espécie.

6. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 109.692/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012 – grifei.)

Prosseguindo, quanto à alegação de constrangimento na dosimetria da pena, o Magistrado Sentenciante, ao fixar a pena-base em sentença ratificada pelo Tribunal Impetrado, assim justificou seu aumento para 3 anos, *in litteris* (fl. 46):

*"Seguindo as orientações do art. 59, do CP, primordialmente com relação à culpabilidade normal do tipo, os **péssimos antecedentes** criminais,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posto que o sentenciado já fora condenado pela prática de tráfico internacional de substância entorpecente, nesta Comarca de Alto Araguaia/MT, e encontra-se respondendo outro feito análogo, conforme documento de fls. 464, já tendo e ainda estando respondendo a outros vários feitos criminais, conforme documentos de fls. 464/467, à sua **conduta social**, à sua **personalidade**, que se mostra voltada para a prática criminosa, aos motivos vis e repugnantes do crime, ofendendo o Estado de Direito, às **circunstâncias em que ocorreram posto que na época o sentenciado era preso provisório** e encontrava-se respondendo a processo pela prática do crime de tráfico, fato este que causou repercussão nacional, sendo certo ainda, que o sentenciado evadiu-se da cadeia local por no mínimo três vezes, e mais, **corrompeu a dois policiais**, e às **consequências**, fixo-lhe a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multa.

Inexistem circunstâncias atenuantes a favor de denunciado. Reconheço, ainda, a causa de aumento de pena prevista no § único do art. 333 do CP [...]. Sendo assim, aumento a pena em formação em 1/3 (um terço). Ante a inexistência de quaisquer outras causas e ou circunstâncias modificadoras, encontra desta forma a pena final do sentenciado como sendo de reclusão de 04 (quatro) e ao pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa devido pelo sentenciado, tornando este definitivo como sendo de 10 (dez) salários mínimos, vigente à época dos fatos." (destaquei).

O Paciente foi condenado pela prática do delito de corrupção ativa, assim definido no Código Penal, *in litteris*:

"Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

A reprimenda de reclusão para o crime de corrupção ativa varia entre 2 e 12 anos.

Insurge-se o Impetrante contra o aumento da pena-base, que, no caso, foi de 1 (um) ano.

É ilegal o referido aumento.

Como é sabido, 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.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Primeiramente, verifica-se, da simples leitura da sentença condenatória, que a consideração desfavorável 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.)

Também foi indevidamente exasperada a reprimenda do Acusado no que diz respeito aos **antecedentes criminais**.

O que se conclui dos autos é que, à época da sentença, não havia condenação transitada em julgado em desfavor do Paciente, apenas processos ainda em curso.

Ora, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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. ELEVÇÃO DA PENA-BASE. ADMISSIBILIDADE. RESSARCIMENTO 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 arresto combatidos." (HC 110.092/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 13/10/2009.)

Ainda no ponto, valorou o Magistrado *a quo*, negativamente, o fato de o Paciente ser **preso provisório quando do cometimento do delito**. Ora, sem culpa formada, como acima explicitado, tal fato não pode ser considerado para aumentar a pena.

Especificamente, quanto à valoração negativa da **personalidade** nas instâncias ordinárias, não há dados concretos para sua aferição, o que não é admitido por este Superior Tribunal de Justiça.

Ora, a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura a esse respeito.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

I - 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).

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

III - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 07/12/2009.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS REFERENTES AO LUCRO FÁCIL, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME, SOFISTICADA MANEIRA DE ATUAR E CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DO TRÁFICO. VALORAÇÕES NEGATIVAS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. APREENSÃO DE ENORME QUANTIDADE DE DROGA (37 QUILOS DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR OUTRO VÉRTICE, PODE SER VALORADA NEGATIVAMENTE. PRECEDENTES. AUMENTO DA PENA-BASE EM TRÊS ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. REPRIMENDA QUE PODIA SER FIXADA DESDE O MÍNIMO DE TRÊS ANOS AO MÁXIMO DE SEIS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 3.º, DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/06. QUANTIDADE DE DROGA QUE IMPEDE, POR SI SÓ, SUA INCIDÊNCIA. CONCESSÃO DE SURSIS, FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVADA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não pode o julgador, de forma desordenada e em fases aleatórias, sem respeito ao critério trifásico, majorar a pena-base com fundamento nos elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva.

2. Mostra-se indevida a exasperação da pena-base mediante a utilização de circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, como a busca do lucro fácil.

3. As circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do criminoso também não podem ser valoradas negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

4. Do mesmo modo, a sofisticada maneira de atuar, quando reconhecida nas instâncias ordinárias para ressaltar a culpabilidade, não pode ser considerada circunstância judicial desfavorável se não extrapola o resultado típico pretendido pelo Agente. No caso, é de se ter que "a forma e metodologia de acondicionamento", a demonstrar "o grau de profissionalismo do acusado", são elementos ínsitos ao paradigma tipificado na Lei Penal pela qual fora o Paciente condenado.

5. 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.).

6. Entretanto, no caso, é de se admitir que o aumento da pena-base em três anos acima do mínimo legal é válido, em face da enorme quantidade de droga apreendida (37 quilos de cocaína). Mormente porque o Paciente foi condenado sob a égide da Lei n.º 6.368/76, cujas balizas para estabelecimento da pena para o delito previsto no art. 12, caput, variavam de 3 a 15 anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Outrossim, "[j]ustificada e razoável 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" (STJ, HC 58.493/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 24/09/2007).

8. A significativa quantidade de drogas impede, ainda, a incidência da causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, conforme já decidiram ambas as Turmas que compõem a Terceira Sessão desta Corte. Discussão sobre a possibilidade de retroatividade de tal regra aos condenados pela Lei n.º 6.368/76 desinfluenta à hipótese.

9. Em razão da correta fixação definitiva da pena em seis anos de reclusão, resta impossibilitada a concessão de sursis e a substituição da reprimenda privada de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem assim não é ilegal a fixação do regime inicial fechado, por ter sido a pena-base deslocada do mínimo legal.

10. Ordem denegada." (HC 164550/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 16/06/2011 – sem grifos no original.)

Também não pode ser considerada desfavorável a circunstância de que o Condenado "**corrompeu a dois policiais**", pois evidentemente trata-se de conduta ínsita ao delito de corrupção ativa, segundo o próprio paradigma tipificado no art. 333, *caput*, do Código Penal, que proíbe a conduta "[o]ferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público".

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTINUADO. CONDENAÇÃO. SANÇÃO MANTIDA EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. MANIFESTA ILEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ELEMENTOS DO TIPO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é inviável o redimensionamento da pena em sede de habeas corpus, dado o estreito âmbito de cognição do remédio heroico. Cabe analisar nesta sede apenas se há manifesta ilegalidade na fundamentação adotada na dosimetria da sanção, que deve observar o disposto no art. 59 do Código Penal.

2. Hipótese em que o magistrado assentou a "intenção de lesar terceiros, obtendo vantagem indevida" e "a ganância pelo locupletamento fácil", elementos do tipo penal de estelionato, o "pleno conhecimento do caráter ilícito", fundamento inidôneo, além do fato de a vítima não ter recuperado os valores, circunstância inerente ao crime consumado. Flagrante, pois, o constrangimento ilegal, sendo de rigor a redução da reprimenda, com a consequente fixação do regime aberto.

3. Ordem concedida para reduzir a sanção para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e 11 (onze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão." (HC 146.379/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 02/04/2012.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTELIONATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS PARCIALMENTE DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. ELEMENTARES DO TIPO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUMENTO JUSTIFICADO EM RAZÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL ADEQUADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A plena consciência do crime não pode ser considerado como fundamento apto a elevar a pena-base acima do patamar mínimo, elemento inerente ao dolo, necessário à caracterização do próprio delito. A culpabilidade descrita no art. 59 do Código Penal refere-se ao grau de censurabilidade da conduta. Precedentes.

2. A fundamentação relativa às consequências do crime justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

3. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena, e fixar a reprimenda definitiva em 04 anos e 02 meses de reclusão." (HC 166.937/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS COMPREENDIDAS NO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DO AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES ALIADO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. AUMENTO DE 1/3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Logrou o impetrante êxito em demonstrar inequívoca ofensa aos critérios legais (art. 59 do Código Penal), que regem a dosimetria da resposta penal. Não se trata, aqui, de reavaliar a justiça da decisão, mas sim de ilegalidade decorrente da ausência de fundamentação e flagrante erro de técnica emanado da sentença.

2. Na hipótese, o magistrado singular, na primeira fase de fixação da reprimenda, fixou a pena-base em 5 anos de reclusão, ou seja, no máximo legal cominado para o delito de estelionato, que prevê a pena de 1 a 5 anos de reclusão, utilizando-se de argumentação genérica e abstrata, bem como considerando como desfavoráveis circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal.

3. Em face do princípio da não culpabilidade, inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes ou má conduta social para exacerbar a pena-base 4. Segundo pacífico magistério jurisprudencial, no crime continuado deve o magistrado proceder ao aumento da pena de acordo com o critério objetivo da quantidade de crimes e a avaliação das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal.

5. Não havendo argumentos idôneos que determinem o aumento da pena-base, ao julgador resta tão somente atentar para o número de infrações a fim de realizar o correspondente aumento da pena que, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese da prática de 5 delitos em continuidade, deve se restringir à fração 1/3.

6. Ordem concedida para fixar a pena do paciente em 1 ano e 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e pecuniária mínima." (HC 163.799/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010.)

De igual maneira, o fato de que o "[s]entenciado evadiu-se da cadeia local por no mínimo três vezes" também corresponde a infração prevista em lei, não podendo ser desfavoravelmente ponderada.

Por fim, não são aptas para majorar a pena a mera consideração de que as **consequências** do delito são graves, sem fundamentação objetiva.

Exemplificativamente, *mutatis mutandis*:

"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 –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 limitado-se a ressaltar aspectos próprios do delito de tráfico, deve a pena-base ser diminuída no mínimo legal, afastando-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis. Considerada a causa de aumento prevista no parágrafo único, do art. 333, do Código Penal – reconhecida pelas instâncias ordinárias e contra a qual não se insurgiu a Defesa –, resta a pena definitivamente fixada em 3 (três) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Considerada a pena definitiva imposta ao Paciente, incidem no caso 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 idônea."*

3. *Ordem concedida.*

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

No mais, excluídas as circunstâncias judiciais ilegalmente tidas como desfavoráveis, deverá o Juízo das Execuções avaliar a possibilidade de substituição da pena.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do *writ* e, nessa extensão, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar a pena em 3 (três) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, em regime inicial aberto, com condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, devendo ainda o mesmo Órgão Jurisdicional avaliar a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser substituída por reprimendas restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0228001-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 193.005 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 251252007

266972006

9097

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 : JAISON OSVALDO DELLA GIUSTINA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

PACIENTE : ANTÔNIO BORGES DE OLIVEIRA

CORRÉU : DUQUE DIAS DE CAMPOS

CORRÉU : EDVALDO ATAÍDES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Corrupção ativa

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa extensão, 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 convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.