



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.573 - MS (2009/0109851-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANÍSIO MATEUS PRATES OLIVERI

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 444 DESTESUPERIOR TRIBUNAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO DEVIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. 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.

2. Embora as instâncias ordinárias tenham justificado concretamente a necessidade de se impor maior reprimenda em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína -, verifica-se que a porção de droga encontrada em poder do agente não foi excessivamente elevada, o que demonstra que o aumento de pena tão somente por esse fator mostra-se desproporcional, sobretudo se considerada a ausência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis.

3. *Habeas corpus* concedido para reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legalmente previsto, tornando a sua reprimenda definitiva em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

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 do Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 14 de abril de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.573 - MS (2009/0109851-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANÍSIO MATEUS PRATES OLIVERI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANÍSIO MATEUS PRATES OLIVERI, contra acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que negou provimento à Apelação Criminal n.º 2009.007692-7, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/06.

A impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente teria sido demasiadamente exasperada sem que tivessem sido apontados elementos concretos dos autos que justificassem a elevação, em inobservância aos critérios de reprovação e suficiência da sanção penal.

Considera que, para a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, teriam sido considerados argumentos inerentes ao próprio tipo penal infringido, defendendo que a natureza da droga apreendida, bem como a sua nocividade à saúde pública, seriam circunstâncias já consideradas pelo legislador quando da cominação em abstrato da reprimenda a ser imposta ao delito de narcotráfico, razão pela qual não poderiam ser utilizadas para a elevação da pena-base.

Sustenta que a única condenação anterior transitada em julgado em desfavor do paciente teria sido sopesada tanto na primeira etapa da dosimetria, a título de maus antecedentes, quanto na segunda, para fazer incidir a agravante genérica prevista no art. 61, inciso I, do CP - reincidência -, elevando-se, portanto, a reprimenda do sentenciado duas vezes pelo mesmo motivo.

Observa que inquéritos policiais e ações penais em andamento não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderiam ser valorados a título de maus antecedentes, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Requer a concessão da ordem, para que a pena-base do paciente seja reduzida ao mínimo legalmente previsto.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.573 - MS (2009/0109851-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

In casu, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 24-11-2007, juntamente com o corréu Vilson Vieira de Carvalho, trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, "01 (um) invólucro que continha em seu interior a droga conhecida popularmente como 'cocaína', pesando 0,1 g (cem miligramas)" (fl. 48).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que se refere à alegada inadequação da pena-base imposta ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, destacar o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *verbis*:

Em análise às circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), atento às circunstâncias preponderantes elencadas no artigo 42 da Lei 11.343/06, não obstante a natureza do entorpecente apreendido (cocaína) revele, como consequência do crime, maior nocividade à saúde pública, dado o seu alto grau de dependência física e psíquica, dada a ínfima quantidade de droga apreendida com o réu (cem miligramas), não é razoável que se eleve a pena muito além do mínimo previsto para o delito. Por outro lado, registra-se que o réu possui antecedentes criminais (f. 103/105). Deste modo, nada mais restando a sopesar em desfavor do réu desta fase, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. (fl. 57)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção irrogada ao paciente, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

No tocante ao reclamo sobre a quantidade de pena, observa-se, da decisão recorrenda, que o magistrado, ao sopesar as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, entendeu em elevá-la em 1 (um) ano acima do mínimo, justificando para isso na natureza do entorpecente (cocaína), bem como a existência de antecedentes criminais, não havendo o magistrado, em nenhum momento, utilizado a reincidência para, na fixação da pena-base, aumentá-la.

Verifica-se, contudo, que a pena foi de fato agravada em 06 (seis) meses, em decorrência da reincidência, bem como foi majorada em 1/6 (um sexto), diante da aplicação do inciso VI do artigo 40 da Lei n.º 11.343/06, em razão de o crime ter visado a adolescente, mas isso, em fase posterior à da fixação da pena-base, não configurando, pois, o 'bis in idem' aludido.

[...]

Dessa forma, resta evidenciado que o magistrado individualizou a pena aplicada aos recorrentes, expondo, claramente, os motivos que o levaram a aumentá-la acima do mínimo, atendendo, destarte, criteriosamente as requisitos necessários a esta fixação.

Sabe-se que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis gera, por consequência, a aplicação de uma reprimenda acima do seu mínimo legal, o que significa afirmar, em contrapartida, que a fixação da pena no quantum mínimo somente será possível quando todas as circunstâncias judiciais forem positivas, o que, todavia, não se verifica no caso presente.

Assim, não há falar em redução da pena, tampouco, como demonstrado, na ocorrência de 'bis in idem'. (fls. 18-19)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o juiz sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente os antecedentes e a natureza da substância entorpecente apreendida.

Relativamente aos antecedentes, verifica-se, da folha de antecedentes penais trazida à colação - fls. 103-105 dos autos principais, aqui às fls. 27-29 - que o que motivou as instâncias ordinárias a valorar negativamente essa circunstância judicial foi a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento, os quais, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Colendo STF, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. ÓBICE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

[...]

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, o qual deverá aplicar a causa de diminuição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), observado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão." (HC n.º 134.704/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-9-2009, DJe 19-10-2009)

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Por essas razões, de rigor o afastamento da valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, reduzindo-se, por conseguinte, a pena-base nesse ponto.

Na sequência, o magistrado sentenciante considerou desfavorável a natureza da droga apreendida - cocaína -, tendo em vista a sua *"maior nocividade à saúde pública, dado o seu alto grau de dependência física e psíquica"* (fl. 57).

Nesse ponto, importante destacar que, embora as instâncias ordinárias tenham justificado concreta e adequadamente a necessidade de se impor maior reprimenda ao paciente, e não obstante a natureza da droga apreendida seja circunstância preponderante sobre os elementos previstos no art. 59 do CP - à luz do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06 -, verifica-se que a quantidade de substância entorpecente apreendida não foi excessivamente elevada - 0,1 g (cem miligramas) -, o que demonstra que a elevação da pena-base do paciente tão somente por este fator mostra-se, por certo, desproporcional e contrário aos critérios de reprovação e suficiência da sanção penal, sobretudo se considerada a ausência de qualquer outra circunstância judicial desfavorável.

Por essas razões, verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais, e tendo sido reconhecida a favorabilidade de todas elas, merecem a sentença condenatória e o acórdão objurgado ser reformados nesse ponto, reduzindo a pena-base para o mínimo legalmente previsto, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, mantém-se inalterado o aumento de 6 (seis) meses de reclusão procedido por força da agravante genérica da reincidência - que no caso, aliás, é específica em tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, considerando a elevação de 1/6 (um sexto) operada em decorrência da majorante prevista no inciso I do art. 40 da Lei n.º 11.343/06, fica a reprimenda do paciente definitiva em **6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

Ante o exposto, concede-se a ordem para reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legalmente previsto, tornando a sua reprimenda definitiva em **6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0109851-8

HC 138.573 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090076927 21070103195

EM MESA

JULGADO: 14/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANÍSIO MATEUS PRATES OLIVERI

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.