



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.282 - SP (2012/0142865-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARIO GASPARINI DE SANTANA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO COM FUNDAMENTO EM AÇÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (*CRACK*). CIRCUNSTÂNCIA JUSTIFICADORA DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADO A PONTO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO, EM RAZÃO DA APREENSÃO DE DROGA ALTAMENTE LESIVA, EM QUANTIDADE QUE NÃO SE PODE TER POR ÍNFIMA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

1. A impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte nos casos previstos no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, do *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação do ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício, como ocorre na espécie.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não culpabilidade. Incidência da Súmula n.º 444 desta Corte Superior.

4. Não há constrangimento ilegal no aumento da pena-base, em razão da quantidade da droga apreendida – 42 (quarenta e duas) pedras de *crack*, pesando 7 (sete) gramas –, porção que se mostra expressiva, considerando-se, sobretudo, o alto poder vulnerante dessa substância entorpecente, a evidenciar a maior reprovabilidade da conduta do agente. Isso porque o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expreso no sentido de que o "*juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*".

5. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

6. Na espécie, a quantidade de entorpecente, embora seja expressiva, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação do redutor em questão, de modo que deve ser a pena diminuída, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006. Porém, à razão mínima de 1/6 (um sexto), devido à apreensão de substância entorpecente de natureza altamente lesiva (*crack*).

7. Incabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena final, ora estabelecida em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

8. Considerando-se que a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, porque reconhecida circunstância judicial desfavorável ao condenado, tem-se por justificada a imposição de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida *ex officio* para excluir o aumento decorrente dos antecedentes criminais e aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fixando a sanção definitiva do Paciente em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 27 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.282 - SP (2012/0142865-8)

IMPETRANTE : BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARIO GASPARINI DE SANTANA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DARIO GASPARINI DE SANTANA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na apelação criminal n.º 0012955-29.2009.8.26.0073.

No caso, o Paciente foi condenado, definitivamente, às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque vendeu 08 (oito) pedras de *crack*, pesando cerca de 2 g (dois gramas), e tinha em depósito 34 porções da mesma substância, com peso aproximado de 5 g (cinco gramas). Além disso, foi condenado às penas de 02 (dois) anos de detenção e 20 (vinte) dias-multa, como incurso no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003, porque portava um revólver Taurus, calibre 32, municiado com três cartuchos. Na ocasião, fixou-se o regime inicial fechado para o cumprimento das reprimendas, bem como manteve-se a prisão preventiva do sentenciado.

No presente *writ*, sustenta o Impetrante, em síntese, a ilegalidade da dosimetria da pena. Especificamente, aduz que a pena-base foi indevidamente majorada com base em processo sem trânsito em julgado, o que afronta o enunciado da Súmula n.º 444/STJ. Alega, também, que foi apreendida apenas uma espécie de droga (*crack*), em quantidade ínfima, de modo que tais circunstâncias não servem para justificar o aumento implementado à pena-base, que deve ser fixada no mínimo legal. Assevera, ainda, que o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo, já que preenche os requisitos legais para tanto. Além disso, declara que, procedida a redução da sanção, revela-se cabível a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, pois estão presentes os pressupostos exigidos pelo art. 44 do Código Penal. Por fim, afirma que deve ser fixado o regime inicial aberto, de forma proporcional à pena redimensionada, considerando-se a inconstitucionalidade declarada do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da reprimenda nos termos explicitados acima, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, fixando-se o regime inicial aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 66.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 75/107, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 111/120, opinando pela parcial concessão da ordem de *habeas corpus*, excluindo-se o aumento decorrente dos maus antecedentes indevidamente considerados.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.282 - SP (2012/0142865-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO COM FUNDAMENTO EM AÇÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (*CRACK*). CIRCUNSTÂNCIA JUSTIFICADORA DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADO A PONTO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO, EM RAZÃO DA APREENSÃO DE DROGA ALTAMENTE LESIVA, EM QUANTIDADE QUE NÃO SE PODE TER POR ÍNFIMA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

1. A impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte nos casos previstos no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, do *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação do ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício, como ocorre na espécie.

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. Incidência da Súmula n.º 444 desta Corte Superior.

4. Não há constrangimento ilegal no aumento da pena-base, em razão da quantidade da droga apreendida – 42 (quarenta e duas) pedras de *crack*, pesando 7 (sete) gramas –, porção que se mostra expressiva, considerando-se, sobretudo, o alto poder vulnerante dessa substância entorpecente, a evidenciar a maior reprovabilidade da conduta do agente. Isso porque o art. 42 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006 é expresse no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto".

5. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

6. Na espécie, a quantidade de entorpecente, embora seja expressiva, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação do redutor em questão, de modo que deve ser a pena diminuída, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006. Porém, à razão mínima de 1/6 (um sexto), devido à apreensão de substância entorpecente de natureza altamente lesiva (*crack*).

7. Incabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena final, ora estabelecida em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

8. Considerando-se que a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, porque reconhecida circunstância judicial desfavorável ao condenado, tem-se por justificada a imposição de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida *ex officio* para excluir o aumento decorrente dos antecedentes criminais e aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fixando a sanção definitiva do Paciente em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

VOTO

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

Preliminarmente, vale referir que a impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte Superior nos casos previstos no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, **só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional**, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, **ao writ impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional**. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

A despeito do meu posicionamento – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal (vide HC 110.935-AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

09/05/2014; HC 110.118, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 07/08/2012; HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 118.055/PE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 28/03/2014; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, v.g.) –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação do ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial.

Desde então, passei a decidir de acordo com o entendimento majoritário da Turma que componho para, com ressalva do meu posicionamento, não conhecer de *mandamus* impetrado em substituição a recurso especial, o que farei até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada.

Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade – cuja ocorrência, ou não, passarei a analisar.

Na hipótese, o Juízo de origem fixou a reprimenda do Paciente mediante os seguintes fundamentos, *ad litteram*:

"Mantida a condenação, cumpre verificar a dosimetria da pena.

Assim, e sendo de rigor a condenação, passo a dosar as penas.

Delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06

*Observado o disposto nos artigos 42, da lei nº 11.343/2006, e artigo 59, do Código Penal, **verifico a razoável quantidade de entorpecente encontrado na casa do réu**, além de grande quantia em dinheiro (R\$ 811,00), o que indica que o tráfico já ocorria há algum tempo, agravando a conduta.*

*Além disso, **o réu já foi condenado em primeiro grau, com recurso defensivo pendente de apreciação, por porte de arma** (certidão de 11. 14, do apenso próprio), o que por mais que não configure maus antecedentes indica a sua vontade em continuar a infringir normas penais, algo intolerável a quem pretende conviver em sociedade.*

Assim, pertinente a fixação da pena base em 06 anos e 08 meses de reclusão, além de 660 dias-multa, que torno definitiva por ausentes outros elementos que nela influam.

***Incabível a incidência do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 por diversos motivos, inclusive pela quantidade de entorpecente apreendido, assim como pelas circunstâncias que cercaram o crime**, que agravam muito a conduta praticada.*

[...]

Não bastando, em recente julgamento datado de 03/02/2011, a 6ª Turma do STJ reconheceu, no HC nº 189.979 - SP, que não bastam a primariedade e os bons antecedentes ao reconhecimento da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena.

No citado caso o Ministro Og Fernandes, relator, asseverou que não há como se negar que integra organização criminosa a pessoa que transporta entorpecente em grande quantidade e que a incidência da benesse pode ser afastada sob o fundamento de que as circunstâncias presentes não a recomendem.

Por semelhante, me parece que o presente raciocínio a este caso pode ser aplicado, visto que o delito desenvolvido indica a dedicação da parte a atividade criminosa, o que ficou comprovado pela quantidade de dinheiro de origem ilícita apreendido, sendo mais um forte argumento no sentido do descabimento do benefício.

[...]

Incabíveis os benefícios dos artigos 44 e 77, do Código Penal por ausentes os requisitos legais, em especial diante de sua não recomendação, até porque o tráfico é crime equiparado a hediondo, havendo vedação legal.

Por força da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, **fixo o regime inicial fechado para o cumprimento das reprimendas, por ser o único recomendável ante a gravidade dos delitos**, em especial o tráfico, e as suas consequências absolutamente destrutivas á sociedade, **isto com a faculdade do artigo 33, § 3º, do Código Penal**, tudo na forma do artigo 111, da Lei nº 7.210/84." (fls. 28/35; grifos acrescidos)

Por sua vez, o Tribunal a quo consignou, no acórdão impugnado, os seguintes termos, *ad litteram*:

"A pena foi corretamente majorada em sua base em razão da elevada quantidade de entorpecentes apreendidos com o apelante, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06.

De fato, repito que ***a quantidade de drogas apreendidas em poder do recorrente tornam altamente reprovável a sua conduta e constituem motivação idônea para exasperar a pena-base.***

[...]

O pedido de aplicação do redutor máximo previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei no 11.343/06 não pode ser acolhido. O apelante estava na posse de quantidade considerável de droga, de alto poder viciante e grande quantidade de dinheiro; além disso, não comprovou ocupação lícita, pelo contrário alegou estar desempregado (fl. 20).

A nova lei de tóxicos é bem mais rigorosa que a anterior, estabelecendo penas mais severas. O § 4º, do artigo 33, dessa lei prevê uma causa especial de redução de pena para o agente que se enquadrar nas disposições nele contidas, o que não é o caso dos autos.

[...]

Concluindo, ***emerge dos autos que o apelante se dedicava ao comércio ilícito de entorpecentes, pois as circunstâncias que envolveram o crime, evidencia que ele fazia do tráfico seu meio de vida, o que impossibilita a concessão do benefício pretendido.***

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vedada a suspensão condicional da pena ou substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, da Lei n.º 11.343/06, trata-se de crime equiparado ao hediondo. A jurisprudência:

[...]

É indiscutível, para o crime ora tratado, o regime fechado. Todo indivíduo que participa de crime de narcotráfico revela extrema periculosidade.

Esse tipo de infração intranquiliza a população e vem crescendo, o que justifica plenamente a fixação da modalidade mais grave para a purgação da sanção, sem direito à substituição ou a outra benesse.

Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias." (fls. 43/46; grifos acrescidos.)

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

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

No que diz respeito ao reconhecimento de maus antecedentes, verifica-se, da acurada leitura dos autos, que a análise desfavorável dessa circunstância judicial se amparou em ação penal em tramitação, conforme reconhecido pelo próprio Magistrado de primeiro grau, na sentença condenatória (fl. 29).

Assim, constata-se que foi indevidamente exasperada a reprimenda do Acusado, já que, nos termos do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. 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. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte.

[...]

5. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão combatido e a sentença condenatória, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo a pena do Paciente para 04 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 10 dias-multa." (HC 185.922/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 26/06/2012; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. CRIME COMETIDO POR PREFEITO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ações penais em andamento não podem constituir má conduta social e nem personalidade desajustada, em obediência ao princípio da presunção de inocência (incidência da Súmula n.º 444/STJ).

2. Eventual insurgência contra a unificação da pena feita pelo magistrado das execuções penais deve, primeiramente, ser objeto de análise pelo Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância.

3. Ordem concedida em parte a fim de reduzir a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão para 2 (dois) anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime intermediário para o cumprimento da pena e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação." (HC 199.115/PR, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 14/05/2012; grifos acrescidos.)

No mais, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada na sentença condenatória e no acórdão hostilizado, visto que os julgadores levaram em consideração, para majorá-la, a quantidade da substância entorpecente apreendida – **42 (quarenta e duas) porções de crack, pesando cerca de 7 g (sete gramas)**. Embora não seja grande, essa quantidade de droga mostra-se expressiva, considerando-se, sobretudo, que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trata de *crack*, substância de alto poder vulnerante. Tal circunstância, portanto, mostra-se apta a justificar o aumento implementado à pena-base, pois evidencia a maior reprovabilidade da conduta do agente.

No ponto, relembre-se o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da substância ou do produto**" (grifei).

Nesse sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. MAJORAÇÃO COM FUNDAMENTO APENAS EM INQUÉRITOS POLICIAIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. **QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUSTIFICADORA DO AUMENTO. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE DEVIDAMENTE CONFIGURADA. FRAÇÃO DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. OCORRÊNCIA DE PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EX OFFICIO.**

[...]

4. A pena-base do Paciente, apesar de merecer redução, deve ser fixada um pouco acima do mínimo legal, especialmente em razão da quantidade e do alto potencial lesivo da droga apreendida - 44 pedras de crack. Isso porque o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto".

[...]

6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, reduzindo a pena-base e a fração de aumento decorrente da reincidência, fixar a reprimenda do Paciente em 10 anos, 05 meses e 29 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.574 dias-multa." (HC 236.732/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 17/02/2014; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. 3. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAJORAÇÃO REDUZIDA. AQUILATAÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA - 30 (TRINTA) TROUXAS DE MACONHA E 5 g (CINCO GRAMAS) DE CRACK - ART. 42 DA LEI DE DROGAS. 4.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 5. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. 6. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6. AJUSTE AO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. IMPOSSIBILIDADE. 7. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

[...]

4. Nada obstante, a quantidade e a qualidade da droga são circunstâncias preponderantes na dosimetria da pena, nos termos do que disciplina o art. 42 da Lei nº 11.343/06. Assim, a majoração da pena-base, acima do mínimo legal, encontra-se devidamente justificada, diante da apreensão de 30 (trinta) trouxas de maconha e 5 g (cinco gramas) de crack.

[...]

7. Ordem não conhecida. Concessão de habeas corpus de ofício, para redimensionar a pena do paciente, tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos, no mais, os termos da condenação." (HC 235.465/RN, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 25/06/2013; grifos acrescidos.)

De outra parte, o Tribunal *a quo* entendeu que a quantidade da droga apreendida – 42 (quarenta e duas) porções de *crack*, pesando cerca de 7 g (sete gramas) –, impossibilitaria a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Esse critério, por certo, deve ser usado para aplicar, de modo adequado, a referida causa de diminuição de pena. Contudo, na espécie, a quantidade de entorpecente, embora seja expressiva, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação do redutor em questão.

Nesse contexto, deve ser a pena diminuída, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, considerando-se, especialmente, que não restou comprovada a dedicação do Paciente à atividade criminosa. Porém, à razão mínima de 1/6 (um sexto), devido à apreensão de droga de natureza altamente lesiva (*crack*).

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados, *mutatis mutandis*:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REVISÃO DA DOSIMETRIA. VIA INADEQUADA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LEI N.º 11.343/06. **QUANTIDADE E VARIEDADE DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS**. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. APLICAÇÃO. **MONTANTE MÍNIMO**. REGIME. SEMIABERTO. VETOR. ART. 42 DA MESMA LEI.

1. Somente se mostra o habeas corpus adequado à aferição da dosimetria, se demonstrada flagrante ilegalidade, não ocorrente na espécie.

2. Ainda mais na espécie, onde, não acolhido o pleito em apelação, submetê-lo, agora, em habeas corpus, é transformar o writ constitucional, que tem seus contornos específicos, em recurso revisor da apelação e, quiçá, esta Corte em terceira instância. É como se fosse a apelação da apelação.

3. Não se mostra plausível a incidência da causa de diminuição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 pelo seu patamar máximo, se demonstrada maior reprovabilidade na conduta, em face quantidade e variedade de drogas apreendidas, sendo razoável a aplicação do benefício em seu patamar mínimo (um sexto), o que também indica a imposição do regime semiaberto como o mais adequado.

4. *Em tal caso, incidem os ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".*

5. *Ordem denegada.*" (HC 192.064/MG, Sexta Turma, Rel. p/ Acórdão Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 24/08/2011 – grifos acrescidos.)

Nesse contexto, passo à individualização da pena.

Inicialmente, afasto o aumento decorrente dos maus antecedentes indevidamente considerados e, conseqüentemente, reduzo a pena-base para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda fase, a sanção permanece inalterada, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Por fim, aplico a causa de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), restando estabelecida **a sanção definitiva em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.**

Ademais, constata-se que, no caso em exame, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

Outrossim, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, passou a ser utilizado também para essas espécies delitivas.

No entanto, a pena-base foi majorada com fundamento na quantidade da droga apreendida, circunstância que evidencia a maior gravidade do delito. Assim, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, vê-se que o julgador, de modo escorreito, por ocasião da individualização da reprimenda penal, observou adequadamente o disposto no art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, para a imposição do regime prisional mais gravoso.

Exemplificativamente, veja-se:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. *Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado -, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.*

2. *Toda custódia cautelar, inclusive a proferida por ocasião da prolação da sentença condenatória sem trânsito em julgado, somente poderá ser implementada com os devidos fundamentos, nos termos dos arts. 312 e 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n.º 11.719/2008.*

3. *Na espécie, a manutenção da constrição cautelar encontra-se suficientemente fundamentada em razão das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública. Precedentes.*

4. *Ordem denegada, cassada a liminar parcialmente deferida, salvo se o Paciente preencher os requisitos para progredir para o regime semiaberto." (HC 207.217/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 14/10/2011; grifos acrescidos.)*

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do writ. No entanto, CONCEDO ordem de *habeas corpus* de ofício para excluir o aumento decorrente dos antecedentes criminais e aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fixando a sanção definitiva do Paciente em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0142865-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 248.282 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129552920098260073 16312009 530120090129551

EM MESA

JULGADO: 27/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DARIO GASPARINI DE SANTANA

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.