



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.591 - SP (2018/0063178-3)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP0295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELOI FLORENCIO DE ALMEIDA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33, CAPUT, 34 E 35, TODOS DA LEI N.º 11.343/2006 E NO ART. 14 DA LEI N.º 10.826/2003, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

2. Para o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, a exasperação da pena-base acima do mínimo legal decorreu da apreensão de grande quantidade de drogas e da existência de certidão de antecedentes criminais, que indicaria a *"a personalidade do réu, voltada para o mundo do crime, bem como sua conduta social, indesejada para a vida em sociedade"*.

3. A vetorial da quantidade, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de grande quantidade de drogas. Nesses termos, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a *"quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos aptos a ensejar a exasperação da pena-base, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta"* (AgRg no AREsp 674.735/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

4. A existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso não se prestam a fundamentar a exasperação da pena-base, notadamente quanto aos vetoriais da personalidade e da conduta social. Enunciado da Súmula n.º 444/STJ.

5. No tocante aos crimes previstos nos arts. 34 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, verifica-se que a sentença, mantida pelo Tribunal de origem, não declinou qualquer fundamento, com base em circunstâncias concretas dos autos, para a fixação das penas-bases acima do mínimo legal, limitando-se a afirmar abstratamente que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 são desfavoráveis, o que afronta o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República e impõe a necessidade de redução da reprimenda.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida para reformar o acórdão impugnado no que diz respeito à dosimetria da pena, ficando a pena final quantificada em 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 2.090 (dois mil e noventa) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.591 - SP (2018/0063178-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP0295476
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELOI FLORENCIO DE ALMEIDA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ELOI FLORENCIO DE ALMEIDA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 9000005-17.2009.8.26.0562.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em 17/09/2010, às penas de 14 (quatorze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 2.092 (dois mil e noventa e dois) dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, 34 e 35, todos da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal (fl. 54).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação. A Corte *a quo* negou provimento ao apelo, conforme ementa abaixo transcrita (fls. 59-60):

"Apelação Criminal - PRELIMINARES - ILEGALIDADE NA DILIGÊNCIA DE BUSCA NO DOMICÍLIO DOS APELANTES - Inocorrência - Polícia que somente adentrou na residência dos apelantes porque teve informação de que havia droga no local - Sendo o tráfico ilícito de entorpecentes crime permanente, o encontro de drogas no interior da residência do réu constitui situação de flagrante.

NULIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS PRESTADOS - Inocorrência - Depoimentos prestados sob o crivo do contraditório, de modo a garantir a ampla defesa.

INÉPCIA DA DENÚNCIA - Inocorrência - Peça acusatória que preenche os requisitos previstos no art 41. do CPP - Presença dos elementos necessários para que o réu possa exercer o direito da ampla defesa.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - Inocorrência - Adoção do princípio pelo Código de Processo Penal a partir da edição da Lei nº 11 719/08 Art 399 § 2º - Omissão quanto à possibilidade de o magistrado que presidiu a instrução não podei proferir a sentença - Aplicação por analogia da regra prevista no art 132, CPC - Magistrado que estava no gozo de férias regulamentares - Sentença condenatória proferida pela juíza que encerrou a instrução.

Preliminares rejeitadas.

MÉRITO - Tráfico Ilícito de Entorpecentes - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova - Depoimento de policiais militares - Validade - Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente - Pela quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas e pela forma como estavam acondicionadas em local conhecido como ponto de tráfico, tudo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstra que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros - Impossibilidade de desclassificação para o delito de porte de entorpecente, para uso próprio - Muitos usuários praticam o tráfico para sustentar o próprio vício.

PENAS - Tráfico - Pena-base acima do mínimo legal considerada a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido - Enorme efeito lesivo aos usuários - inteligência do art. 42. da Lei nº 11.343/06 - Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art 33 § 4º da Lei nº 11.343/06 - Delito cometido em concurso de agentes, evidenciando a atuação dos réus em organização criminosa e pela quantidade de droga apreendida - O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art 2º, § 1º, da Lei n, 8 072/90, com a redação dada pela Lei n. 11 464/07.

Preliminares rejeitadas, recursos desprovidos."

A Defesa, então, impetrou *habeas corpus* contra o referido acórdão, alegando, em suma, que o Juízo *a quo*, na primeira fase da dosimetria, exasperou a pena em um ano de reclusão para cada crime individualmente, independentemente do *quantum* de pena fixada pelo legislador como mínimo legal. Aduz que *"tal situação é desarrazoada, porquanto o critério eleito implica a aplicação de frações distintas a depender do delito"* (fl. 3).

Afirma que, para exasperar a pena do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, *"o juiz considerou a quantidade de droga e que o paciente teria a personalidade desvirtuada em razão de uma única certidão acostada no processo (fls. 90), o qual ainda tramitava no tempo da prolação da decisão"* (fl. 3).

Assevera que, para o aumento das penas em relação aos outros crimes, o Juízo limitou-se a afirmar de forma abstrata que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 são desfavoráveis.

Requer que se afaste a coação ilegal, *"diminuindo-se a pena aplicada em primeira para a base legal e redimensionando-se o total das reprimendas somadas"* (fl.5).

Foram prestadas informações às fls. 102-122.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 124-126, opinando pelo não conhecimento da ordem, mas pela sua concessão de ofício para que, na primeira fase da dosimetria, sejam revistos os aumentos das penas-bases.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.591 - SP (2018/0063178-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33, *CAPUT*, 34 E 35, TODOS DA LEI N.º 11.343/2006 E NO ART. 14 DA LEI N.º 10.826/2003, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. O Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

2. Para o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, a exasperação da pena-base acima do mínimo legal decorreu da apreensão de grande quantidade de drogas e da existência de certidão de antecedentes criminais, que indicaria a *"a personalidade do réu, voltada para o mundo do crime, bem como sua conduta social, indesejada para a vida em sociedade"*.

3. A vetorial da quantidade, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de grande quantidade de drogas. Nesses termos, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a *"quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos aptos a ensejar a exasperação da pena-base, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta"* (AgRg no AREsp 674.735/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

4. A existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso não se prestam a fundamentar a exasperação da pena-base, notadamente quanto aos vetoriais da personalidade e da conduta social. Enunciado da Súmula n.º 444/STJ.

5. No tocante aos crimes previstos nos arts. 34 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, verifica-se que a sentença, mantida pelo Tribunal de origem, não declinou qualquer fundamento, com base em circunstâncias concretas dos autos, para a fixação das penas-bases acima do mínimo legal, limitando-se a afirmar abstratamente que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 são desfavoráveis, o que afronta o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e impõe a necessidade de redução da reprimenda.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida para reformar o acórdão impugnado no que diz respeito à dosimetria da pena, ficando a pena final quantificada em 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 2.090 (dois mil e noventa) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

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 da República.

No caso, o Juiz sentenciante, ao proferir a sentença condenatória, individualizou a pena privativa de liberdade do Paciente nos seguintes termos (fl. 51-54):

"[...]

Em relação ao corréu Eloi Florencio de Almeida:

No tocante ao delito de tráfico de drogas, atendendo aos ditames do art. 59 do Código Penal, do art. 42 da Lei nº 11.343/06 e ao princípio constitucional da individualização da pena, atento a certidão de fl. 90, incapaz de caracterizar reincidência, mas apta a indicar a personalidade do réu, voltada para o mundo do crime, bem como sua conduta social, indesejada para a vida em sociedade, além da grande quantidade de drogas encontradas em poder do acusado, fixo a pena-base com exasperação de 1/6 (um sexto), perfazendo o total de seis (6) anos de reclusão, mais o pagamento de seiscentos (600) dias-multa.

Em segunda fase, em razão da existência da circunstância atenuante da confissão espontânea diminuo a pena aplicada em 1/6 (um sexto), alcançando o total de cinco (5) anos de reclusão, mais o pagamento de quinhentos (500) dias-multa. Não há causas de aumento ou diminuição a serem aplicadas.

No que tange ao delito previsto no artigo 34 da Lei nº 11.343/06, em vista às circunstâncias judiciais previstas nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, fixo-lhe a pena-base em quatro (4) anos de reclusão, mais o pagamento de mil e trezentos (1.300) dias-multa. Em segunda fase, diminuo a pena aplicada em 1/6 (um sexto) em razão da atenuante genérica da confissão espontânea, alcançando-se a pena de três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão, mais o pagamento de mil (1000) dias-multa. Não há causas de aumento ou diminuição de pena a serem reconhecidas.

Quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas, em vista às circunstâncias judiciais previstas nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, fixo-lhe a pena-base em quatro (4) anos de reclusão, mais o pagamento de setecentos (700) dias-multa. Em segunda fase, diminuo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena aplicada em 1/6 (um sexto), em razão da atenuante genérica da confissão espontânea, perfazendo o total de três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão, mais o pagamento de quinhentos e oitenta (580) dias-multa.

Por fim, no tocante ao delito previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, em vista às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena base em três (3) anos de reclusão, mais o pagamento de quinze (15) dias-multa. Em segunda fase diminuo a pena aplicada em 1/6 (um sexto) em razão da atenuante genérica da confissão espontânea, alcançando o total de dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão, mais o pagamento de doze (12) dias-multa. Não há causas de aumento ou diminuição de pena a serem aplicadas.

Nos termos do artigo 69 do Código Penal, somo as penas aplicadas, perfazendo o total de quatorze (14) anos e (2) seis meses de reclusão, mais o pagamento de dois mil e noventa e dois (2.092) dias-multa. A unidade de dias-multa, em razão da ausência de maiores informações acerca das condições econômicas do réu, será equivalente ao valor de um trigésimo do salário mínimo.

O regime inicial de cumprimento de pena, para todos os réus, será o fechado, de acordo com o previsto no artigo 2º da Lei nº 11.464/07.

Ante o exposto, e considerando o mais que dos autos consta, julgo PROCEDENTE a ação penal proposta pelo Ministério Público, para, reconhecendo: o corréu Eloi Florencio como incurso nas penas dos artigos 33, caput, 34 e 35 da Lei nº 11.343/06, artigo 14 da Lei nº 10.826/03, todos combinados com art. 69 do Código Penal, condená-lo à pena privativa de liberdade de quatorze (14) anos e (2) seis meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, mais o pagamento de dois mil e noventa e dois (2.092) dias-multa no valor mínimo unitário."

Por sua vez, assim consignou o Tribunal de origem ao negar provimento ao apelo defensivo (fls. 72-73):

"[...]

Para o réu Eloi

No que tange ao crime de tráfico de drogas, a pena-base foi fixada na razão de 1/6 acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas e da conduta social do réu voltada ao mundo do crime.

Na segunda fase, ante existência de circunstância atenuante da confissão espontânea, a pena foi diminuída em 1/6 resultando em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição.

Para o crime previsto no artigo 34, da Lei nº 11 343/2006, a pena-base foi fixada em 4 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.300 dias-multa.

Na segunda fase, ante a atenuante da confissão espontânea, a pena-base foi diminuída em 1/6, resultando em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 1000 dias-multa. Não havendo causas de aumento e diminuição na terceira fase.

Para o crime de associação ao tráfico, a pena-base foi fixada em 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos de reclusão, mais o pagamento de 700 dias-multa. Em segunda fase, a pena foi diminuída de 1/6, em razão da atenuante genérica da confissão espontânea, perfazendo 3 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 580 dias-multa. Não há causas de aumento ou diminuição de pena, na terceira fase.

Para o crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, a pena-base foi fixada em 3 anos de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa. Em segunda fase, a pena foi diminuída em 1/6 em razão da atenuante genérica da confissão espontânea, alcançando o total de 2 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 12 dias-multa. Não há causas de aumento ou diminuição da pena a serem aplicadas na terceira fase.

Nos termos do art. 69 do Código Penal, as penas foram somadas, perfazendo o total de 14 anos e 2 meses de reclusão, mais o pagamento de 2.092 dias-multa, equivalente ao valor de um trigésimo do salário mínimo."

Como se vê, para o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, a exasperação da pena-base acima do mínimo legal decorreu da apreensão de grande quantidade de drogas e da existência de certidão de antecedentes criminais, que indicariam a "a personalidade do réu, voltada para o mundo do crime, bem como sua conduta social, indesejada para a vida em sociedade".

A vetorial da quantidade, prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de **"483 (quatrocentos e oitenta e três) flaconetes com resquícios de cocaína, 25 (vinte e cinco) papелotes de cocaína, 01 (uma) embalagem média contendo cocaína, 01 (uma) embalagem grande contendo cocaína, 06 (seis) pedras de crack pequenas, 01 (uma) pedra de crack grande e 01 (um) tijolo de crack"** (fl. 36).

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a "quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos aptos a ensejar a exasperação da pena-base, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta" (AgRg no AREsp 674.735/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Por outro lado, no que tange à valoração negativa da personalidade e da conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, o entendimento das instâncias ordinárias não prevalece.

Com efeito, a personalidade deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

Por sua vez, o vetor da conduta social compreende o comportamento do agente no meio familiar, no meio de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos, não se confundindo com antecedentes criminais.

Assim, verifica-se que o argumento utilizado pelo Magistrado sentenciante – *"certidão de fl. 90, incapaz de caracterizar reincidência"* – não constitui fundamento idôneo para o aumento da pena-base no tocante à personalidade e à conduta social do agente, sendo necessário aferir tal circunstância com base em elementos concretos extraídos dos autos, o que não ocorreu na hipótese.

Esse é posicionamento pacífico desta Corte Superior de Justiça, conforme se depreende do enunciado da Súmula n.º 444, que dispõe ser *"vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."* (Súmula n.º 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

Ressalte-se, ademais, que a jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que até mesmo a indicação de condenações transitadas em julgado é inidônea para considerar a personalidade e a conduta social desfavoráveis. Veja-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. FUNDAMENTO PARA DESVALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INADEQUADA.

1. A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência.

2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria.

3. Recurso ordinário em habeas corpus provido." (STF, RHC 130132, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, DJe-106 24/05/2016, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO. ART. 180 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. IMPUGNAÇÃO DAS VETORIAIS CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS SOPESARAM NEGATIVAMENTE EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO PRETÉRITO E DO ELEVADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VALOR DO VEÍCULO AUTOMOTOR. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. No caput do art. 59 do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 7.209/1984, o legislador estabeleceu oito vetores para individualização da pena: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime; e o comportamento da vítima.

2. A conduta social retrata a avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Assim, **a valoração negativa da vetorial conduta social com base em condenações definitivas por fatos anteriores é ilegal, pois estas se prestariam ao sopesamento negativo da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Isso porque a Lei n.º 7.209, de 1984, a par do vetor antecedentes, inseriu a circunstância judicial da conduta social no caput do art. 59 do CP, o que impõe regramento próprio diante da diversidade na base fática. Precedentes do STF e STJ.**

[...]

5. Ordem de habeas corpus concedida para, decotadas as circunstâncias judiciais valoradas negativamente pelas instâncias ordinárias, readequar as penas ao patamar de 1 (um) ano de reclusão, mantido o regime inicial aberto, e de 10 (dez) dias-multa, à fração mínima unitária, deferindo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 457.039/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018, sem grifos no original.)

No tocante aos crimes previstos nos arts. 34 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, consta da sentença o seguinte (fls. 52-53, sem grifos no original):

"No que tange ao delito previsto no artigo 34 da Lei n.º 11.343/06, em vista às circunstâncias judiciais previstas nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/06, fixo-lhe a pena-base em quatro (4) anos de reclusão, mais o pagamento de mil e trezentos (1.300) dias-multa.

[...]

Quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas, em vista às circunstâncias judiciais previstas nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/06, fixo-lhe a pena-base em quatro (4) anos de reclusão, mais o pagamento de setecentos (700) dias-multa.

[...]

Por fim, no tocante ao delito previsto no artigo 14 da Lei n.º 10.826/03, em vista às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena base em três (3) anos de reclusão, mais o pagamento de quinze (15) dias-multa."

Verifica-se que a sentença, mantida pelo Tribunal de origem, não declinou qualquer fundamento, com base em circunstâncias concretas dos autos, para a fixação das penas-bases acima do mínimo legal, limitando-se a afirmar abstratamente que as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 são desfavoráveis, o que afronta o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e impõe a necessidade de redução da reprimenda.

Nesses termos:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDENAÇÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 523 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIA INÓCUA. VERBETE SUMULAR N.º 231 DESTA CORTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE A RECORRENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO.

[...]

4. Na espécie, existe manifesta ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, haja vista que as instâncias de origem não declinaram qualquer fundamento a justificar a exasperação da sanção básica. Outrossim, a quantidade da droga apreendida - 11, 5 g de cocaína - não se mostra expressiva o suficiente a ponto de ensejar a majoração da pena na primeira fase da dosimetria.

5. Em razão da redução da pena-base ao mínimo legal, verifica-se que o atendimento do pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea seria providência inócua, no caso em testilha, tendo em vista o teor do verbete sumular n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

[...]

6. Recurso ordinário parcialmente provido a fim de reduzir a reprimenda da recorrente, no tocante ao delito de tráfico de drogas, para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. (RHC 93.162/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 13/08/2018, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. MOTIVOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

[...]

2. A Corte de origem não adotou fundamentos concretos para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, com relação à culpabilidade, personalidade, conduta social e consequências do crime, motivo pelo qual a sanção imposta deve ser reduzida.

[...]

11. Habeas corpus *parcialmente concedido, para reduzir a pena total do paciente para 12 (doze) anos e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 1.691 (mil seiscentos e noventa e um) dias-multa.* (HC 422.413/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 12/04/2018, sem grifos no original.)

Passo, assim, ao redimensionamento da reprimenda:

1) Quanto ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006:

Na primeira fase de aplicação da pena, proporcionalmente afastadas 2 (duas) das 3 (três) circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis pelas instâncias ordinárias, estabeleço a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 533 (quinhentos e trinta e três) dias-multa.

Na fase intermediária, mantenho a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, contudo, sendo incabível a redução da reprimenda abaixo do piso legal, nos termos da Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, a pena provisória fica quantificada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, em razão da inexistência de causas de aumento ou de diminuição da pena, **torno definitiva a pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

2) Quanto ao crime previsto no art. 34 da Lei n.º 11.343/2006:

Na primeira fase de aplicação da pena, haja vista a ausência de fundamentação concreta para a exasperação da pena acima do mínimo legal, afasto a valoração negativa das circunstâncias judiciais e estabeleço a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Na fase intermediária, mantenho a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, contudo, sendo incabível a redução da reprimenda abaixo do piso legal, nos termos da Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, a pena provisória fica quantificada em 3 (três) anos de reclusão. Quanto à pena de multa, conforme o disposto no preceito secundário do art. 34 da Lei n.º 11.343/2006, deveria ser fixada em 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. No entanto, observada a proibição do *reformatio in pejus*, a condenação deve permanecer em **1.000 (mil) dias-multa.**

Na terceira fase, em razão da inexistência de causas de aumento ou de diminuição da pena, **torno definitiva a pena de 3 (três) anos de reclusão e 1000 (mil)**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

3) Quanto ao crime previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006:

Na primeira fase de aplicação da pena, haja vista a ausência de fundamentação concreta para a exasperação da pena acima do mínimo legal, afasto a valoração negativa das circunstâncias judiciais e estabeleço a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na fase intermediária, mantenho a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, contudo, sendo incabível a redução da reprimenda abaixo do piso legal, nos termos da Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, a pena provisória fica quantificada em 3 (três) anos de reclusão. Quanto à pena de multa, conforme o disposto no preceito secundário do art. 34 da Lei n.º 11.343/2006, deveria ser fixada em 700 (setecentos) dias-multa. No entanto, observada a proibição do *reformatio in pejus*, a condenação deve permanecer em 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa.

Na terceira fase, em razão da inexistência de causas de aumento ou de diminuição da pena, **torno definitiva a pena de 3 (três) anos de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa.**

4) Quanto ao crime previsto no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003:

Na primeira fase de aplicação da pena, haja vista a ausência de fundamentação concreta para a exasperação da pena acima do mínimo legal, afasto a valoração negativa das circunstâncias judiciais e estabeleço a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na fase intermediária, mantenho a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, contudo, sendo incabível a redução da reprimenda abaixo do piso legal, nos termos da Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, a pena provisória fica quantificada em 2 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, em razão da inexistência de causas de aumento ou de diminuição da pena, **torno definitiva a pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.**

Concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal): Em razão do concurso material de crimes e aplicando-se o sistema da cumulação, **a pena final fica quantificada em 13 (treze) anos de reclusão e 2.090 (dois mil e noventa) dias-multa, mantida a fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa.**

Regime inicial de cumprimento de pena: Tendo em vista o *quantum* da reprimenda e a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 33, § § 1º e 2º, c.c o art. 59,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ambos do Código Penal), fixo o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos: A reprimenda foi fixada acima de quatro anos, razão pela qual é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal).

Suspensão condicional da pena: Também em razão do *quantum* da sanção, o Condenado não faz jus à suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para reformar o acórdão impugnado no que diz respeito à dosimetria da pena, ficando a pena final quantificada em **13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 2.090 (dois mil e noventa) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0063178-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 441.591 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00060829120168260000 60829120168260000 90000051720098260562

EM MESA

JULGADO: 13/12/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - SP0295476
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ELOI FLORENCIO DE ALMEIDA (PRESO)
CORRÉU	:	EVERALDO DONATO RODRIGUES
CORRÉU	:	ROGERIO GILROY SILVEIRA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.