



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.229 - RS (2010/0067573-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCOS ROGERIO DOS SANTOS GUEDES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO ESTATUTO REPRESSIVO EM RELAÇÃO A ALGUMAS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA ACERTADA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE.

1. As condenações penais transitadas em julgado que forem alcançadas pelo prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, a título de maus antecedentes. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

2. Não tendo o Tribunal Estadual demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis ao paciente a conduta social, a personalidade e as consequências do delito, e tendo se utilizado de referências genéricas para elevar a sanção, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

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

4. Inviável considerar-se como negativa as circunstâncias do delito em razão de ter o agente reagido no momento da abordagem policial, já que tal reação, além de não estar vinculada diretamente à forma como o crime foi cometido, poderia ser entendida como autodefesa.

5. Verificado que a Corte impetrada levou em consideração a natureza da droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, já que existentes fundamentos idôneos a justificar maior reprimenda.

6. *Habeas corpus* concedido, embora em menor extensão, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

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

Brasília (DF), 22 de março de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.229 - RS (2010/0067573-7)

IMPETRANTE : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCOS ROGERIO DOS SANTOS GUEDES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARCOS ROGÉRIO DOS SANTOS GUEDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 700.2067991-6, interposta pelo *Parquet a quo*, para reformar sentença absolutória, proferida com fundamento no art. 386, VI, do CPP, e condenar o paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76, c/c o art. 61, I, do CP.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não foram apontados fundamentos concretos que justificassem a exasperação da pena-base além do mínimo legal, observando que as circunstâncias subjetivas presentes no art. 59 do CP e utilizadas para motivar a majoração seriam inconstitucionais, por violarem o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ainda contrária à doutrina do direito penal do fato.

Salientam que a personalidade do agente não poderia servir de sustentáculo para a elevação da sanção na primeira etapa da dosimetria, ante a *"inexistência de parâmetro comparativo hígido que possa ser utilizado pelo julgador, e a subjetividade inerente ao próprio conceito de personalidade"* (e-STJ fl. 8), salientando que os componentes do órgão colegiado não teriam *"o saber destinado à avaliação da personalidade do agente"*, já que, *"saber o qual é dote dos psicólogos"* (e-STJ fl. 9).

Aduzem que *"a conduta do réu, em verdade já está inserida no próprio tipo penal, não podendo ser avaliada negativamente no momento da aplicação da pena"* (fl. 9), assim como os motivos e as consequências do delito, acoimando de inidôneos tais argumentos para justificar a majoração da pena-base, em flagrante violação ao art. 93, IX, da Carta Magna.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defendem, por fim, que as circunstâncias do delito apontadas pelo Tribunal impugnado para elevar a sanção básica também seriam ilegais.

Requereram, liminarmente, fossem suspensos os efeitos do acórdão objurgado e da execução da pena imposta ao paciente, até o julgamento final do presente *mandamus*. No mérito, pugnam pela cassação do *decisum* impugnado, para fixar-se a pena-base no mínimo legalmente previsto, qual seja, 3 (três) anos de reclusão.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, acaso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.229 - RS (2010/0067573-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca a presente impetração seja a pena-base do paciente reduzida ao mínimo legalmente previsto, qual seja, 3 (três) anos de reclusão, nos autos da ação penal em que restou condenado prática do crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

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, em 16-9-2005, o paciente foi preso em flagrante, tendo sido denunciado pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, porque, segundo a incoativa, *"trazia consigo, para fins de venda, 11,5 gramas de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...] acondicionada na forma de quinze buchinhas de cocaína"* (e-STJ fl. 15) e ainda uma pequena quantidade de maconha que engoliu para, ao que parece, livrar-se do flagrante.

Em 28-12-2006, o juiz singular da Vara Criminal do Foro Regional de Alto Petrópolis - Comarca de Porto Alegre/RS - julgou improcedente a exordial acusatória, absolvendo o paciente das imputações que lhe foram feitas, com fundamento do art. 386, inciso VI, do CPP.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para condenar o paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 90 (noventa) dias-multa, como incurso no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

Para melhor análise da questão *sub examine*, necessário se faz transcrever-se o trecho do acórdão combatido relativo à primeira etapa da dosimetria da pena imposta ao paciente, *verbis*:

*Analizando os **vetores do artigo 59** do Código Penal, verifico que o réu Marcos Rogério dos Santos Guedes registra maus antecedentes, com uma condenação por porte de arma transitada em julgado em 13.10.1998, outra condenação transitada em julgado que servirá para reincidência, referente ao processo 001/2.05.0431578-2 (fls. 44/46). **Conduta social** não recomendada face o exercício da traficância. **Personalidade** agressiva, revelada na reação à abordagem policial, agredindo o miliciano. **Motivos**, o lucro fácil. **Circunstâncias** graves face a investida contra os policiais, que foram obrigados a interromper a abordagem em razão do clamor público. Também pela natureza da substância oferecida, sendo a cocaína umas das mais perniciosas à saúde humana. **Consequências** gravíssimas face o dano social que emerge de tais condutas, constituindo a falência da saúde pública, bem maior da sociedade, além do tráfico constituir delito desencadeador de violência e, outros tantos crimes. **O comportamento da vítima** não pesa negativamente. Consequentemente, o grau de culpabilidade (*latu sensu*), aferido pelo conjunto das circunstâncias judiciais refoge ao grau ordinário, razão pela qual fixo a pena-base em 04 anos e 06 meses de reclusão. (e-STJ fls. 23-24)*

No caso, da leitura do trecho impugnado do acórdão objurgado, verifica-se que a Corte de origem, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente os antecedentes, a conduta social, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito, destacando, ainda, a natureza da substância entorpecente apreendida.

Relativamente aos antecedentes, considerados negativos, o Tribunal impetrado destacou que o paciente ostenta *"uma condenação por porte de arma transitada em julgado em 13.10.1998, outra condenação transitada em julgado que servirá para reincidência, referente ao processo 001/2.05.0431578-2"* (e-STJ fls. 23-24).

Verifica-se que o que motivou a instância de origem a exasperar a sanção-base do paciente foi uma condenação transitada em julgado no dia 13-10-1998, antes, portanto, da prática do delito objeto do presente *writ* - ocorrida em 16-9-2005 -, e o decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do CP, embora elimine os efeitos da reincidência, não veda a utilização de condenações definitivas anteriores como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Estatuto Repressivo, não havendo, assim, ilegalidade a ser sanada nesse ponto através da via eleita.

Nesse sentido, o julgado julgado do Supremo Tribunal Federal:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. REINCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. CÓDIGO PENAL, ART. 64, I.

I. - Por conter questões novas, não apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

II. - O juiz observou, na fixação da pena, os critérios estabelecidos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, certo que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal.

III. - A condenação atingida pelo prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal, pode ser levada em consideração no processo de dosimetria da pena para caracterização dos maus antecedentes.

IV. - HC conhecido em parte e, na parte conhecida, indeferido" (HC n.º 86415, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ de 18-11-2005, p. 24). (Grifos próprios)

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na fixação da pena-base aplicada acima do mínimo legal pelo Magistrado sentenciante, que se justificou no exame das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis e com razoável fundamentação.

2. A condenação criminal anterior, que não foi considerada para efeito da reincidência, pelo decurso do prazo prescrito no art. 64, inciso I, do Código Penal, pode ser tomada a título de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais.

[...]

4. Ordem parcialmente concedida para afastar da condenação do Paciente a imposição do regime integral fechado, com a ressalva de que seja adotado o critério objetivo para a progressão de regime prisional previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal, ficando a aferição dos demais requisitos a cargo do Juiz da Execução Penal" (HC 63.391/RJ, rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe de 15-9-2008)

Relativamente à conduta social, o Tribunal de origem asseverou que ela seria *"não recomendada, face o exercício da traficância"* (e-STJ fl. 24), sem maiores considerações, deixando de apontar os motivos concretos pelos quais assim entendia, o que, segundo a orientação desta Corte Superior de Justiça, não pode ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, especialmente em se considerando que, ausente *"o exercício da traficância"*, não haveria como condenar o acusado pelo delito do art. 12 da Lei nº 6.368/76.

A propósito, confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PORTE DE ARMA. WRIT ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO JÁ JULGADA PELA CORTE A QUO. JURISDIÇÃO ORDINÁRIA FINDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONHECIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE REVISÃO DO REGIME PRISIONAL IMPOSTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas sobre a personalidade e a conduta social do réu, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que as justifiquem, bem com em elementares comuns ao tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e em maus antecedentes que não restaram devidamente comprovados nos autos.

5. Recurso desprovido. Habeas corpus concedido de ofício para, mantida a condenação, anular o acórdão de apelação e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena e determinar a adequação e a proporcionalidade da imposição da pena-base, à luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis sobejamente reconhecidas nas instâncias ordinárias. (RHC n.º 25.566/MS, Rel. Laurita Vaz, julgado em 21-5-2009, DJe 15-6-2009). (Grifos próprios)

Na sequência, a Corte impetrada considerou que a personalidade do agente seria agressiva, *"revelada na reação à abordagem policial, agredindo o miliciano"* (e-STJ fl. 24).

De acordo com precedente desta Quinta Turma, *"a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito"* (HC n.º 50.331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17-5-2007, DJ 6-8-2007).

E, consoante Cézar Roberto Bittencourt: *"Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu"* (Código Penal Comentado, 2. ed., pág. 212).

Assim, na hipótese que se apresenta, o simples fato de o paciente ter reagido à abordagem policial não permite a conclusão acerca da sua boa ou má índole, tampouco demonstra maldade ou perversidade na consecução do delito, vez que se trata de circunstância acessória, adstrita exclusivamente a esse fato delituoso, sem maiores relevâncias para denotar desvio de caráter do indivíduo como um todo.

Prosseguindo na análise das circunstâncias judiciais, a Corte de origem considerou desfavoráveis os motivos do crime, em razão de o paciente ter agido motivado pela busca do lucro fácil, argumento que não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira fase de fixação da reprimenda, especialmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no referente ao crime de narcotráfico, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

Com efeito, ensina a doutrina que os motivos do crime *"são as razões que moveram o agente a cometer o crime. Deve-se atentar para a maior ou menor reprovação desses motivos"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7. ed., Renovar: RJ, 2007, p. 188).

Posteriormente, considerou o Tribunal impugnado que as circunstâncias do delito foram graves, *"face a investida contra os policiais, que foram obrigados a interromper a abordagem em razão do clamor público"* (e-STJ fl. 24), o que, à toda evidência, não justifica maior apenação na primeira fase da dosimetria, já que tal reação, além de não estar vinculada diretamente à forma como o crime foi cometido, poderia ser entendida inclusive como autodefesa.

A Corte de origem considerou ainda que as consequências do delito seriam *"gravíssimas, face o dano social que emerge de tais condutas, constituindo a falência da saúde pública, bem maior da sociedade, além de o tráfico constituir delito desencadeador de violência e outros tantos crimes"* (e-STJ fl. 24), o que também não constitui fundamentação idônea a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, vez que se trata de referências vagas, genéricas, que serviriam para qualquer delito de tráfico de drogas, e, ademais, inerentes ao próprio tipo penal infringido, sendo flagrante, portanto, a violação, nesse ponto, ao princípio da individualização da pena, constitucionalmente garantido.

Por fim, o Tribunal Estadual destacou, quando da fixação da pena-base, a natureza da substância entorpecente apreendida, *"sendo a cocaína uma das mais perniciosas à saúde humana"* (e-STJ fl. 24), o que demonstra que atuou em consonância com o preceituado no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, levando em consideração, na dosimetria da pena, também a natureza da droga apreendida, cuja nocividade é maior do que a de outras substâncias estupefacientes. Entretanto, não se pode olvidar que a quantidade de droga apreendida foi pequena - 11,5 gramas de cocaína (e-STJ fls. 15).

Por essas razões, considerando a inadequação parcial da análise das circunstâncias judiciais, e considerando que remanescem apenas 2 (duas)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis ao paciente - antecedentes e natureza da droga apreendida -, merece o acórdão objurgado ser parcialmente reformado nesse ponto, reduzindo-se a pena-base do paciente de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão para **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa.**

Na segunda fase da aplicação da reprimenda, mantém-se inalterado o aumento de 6 (seis) meses de reclusão procedido por força da agravante genérica da reincidência, ficando a **pena do paciente definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa**, já que ausentes quaisquer causas outras modificativas da sanção que lhe foi imposta.

Ante o exposto, concede-se a ordem, embora em menor extensão, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0067573-7

HC 169.229 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120507465734 20507465734 38196515 70020679916

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCOS ROGERIO DOS SANTOS GUEDES (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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