



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.445 - RJ (2014/0177228-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NILCIMAR ALEXANDRINO MACHADO DIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. FEITOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. CONSIDERAÇÕES VAGAS E GENÉRICAS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base em razão da personalidade e da conduta social, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre as referidas circunstâncias, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Quanto às demais circunstâncias, não foram arrolados dados concretos a justificar a majoração da pena, haja vista que o Juízo de primeiro grau teceu, tão somente, considerações vagas e genéricas, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base, reduzindo a reprimenda imposta à paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.445 - RJ (2014/0177228-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NILCIMAR ALEXANDRINO MACHADO DIAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de NILCIMAR ALEXANDRINO MACHADO DIAS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 0298701-87.2012.8.19.0001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33 c.c art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Para o acusado NILCIMAR ALEXANDRINO MACHADO DIAS:

Observadas as diretrizes do artigo 59 e seguintes da norma penal vigente, passo a analisar as circunstâncias judiciais avaliando com isso a personalidade, a conduta social do Réu, **altamente corrompido em razão de condenações anteriores por fatos graves (fls. 87/88), a intensidade do dolo e as demais circunstâncias envolventes do episódio**, verifico a possibilidade de aplicação da PENA-BASE ACIMA do seu mínimo legal, ou seja, em SETE ANOS E OITO MESES DE RECLUSÃO pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Na segunda fase, verifico que o acusado merece a aplicação da atenuante da confissão espontânea porque em Juízo colaborou externando todos os fatos relativos a este episódio; daí porque ATENUO-LHE a pena de SEIS MESES, chegando ao patamar de SETE ANOS E DOIS MESES DE RECLUSÃO.

Na terceira fase, AUMENTO a pena da acusada de UM SEXTO, em razão da constatação de que o crime foi praticado em interior de estabelecimento prisional - (art. 40, III, da Lei 11343/06), ELEVANDO ENTÃO A PENA ACIMA ALCANÇADA PARA OITO ANOS, QUATRO MESES E DEZ DIAS DE RECLUSÃO, pena esta que terei como SANÇÃO AMBULATORIA DEFINITIVA PARA ESTE CRIME, já que ausentes outras circunstâncias atenuantes ou agravantes ou ainda outras causas especiais que se prestem ao aumento ou diminuição.

Aplico-lhe, cumulativamente, a PENA PECUNIÁRIA equivalente a SETECENTOS DIAS-MULTA, fixada esta no mínimo legal cominado à espécie, atendendo aos ditames do artigo 42 da Lei 11.343/06.

Em razão da condenações anteriores do acusado, por crime com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, entendo que excepcionalmente aqui o regime deve ser o inicialmente FECHADO, negada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a conversão de penas pelo mesmo motivo (fls. 35/36) (grifou-se).

Irresignada, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo, tão somente no tocante à corré do paciente, mantendo incólume a sentença quanto ao paciente, em acórdão assim fundamentado:

Sustenta a Defesa dos apelantes que a sentença merece reparos, visto que o Magistrado ao majorar a pena base feriu os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mostrando-se excessivo e desproporcional face aos parâmetros usualmente fixados.

Aduz ainda, que dita majoração na forma como foi fundamentada acaba por atribuir ao julgador excessiva discricionariedade, ferindo os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Alega ainda a defesa dos apelantes que o magistrado utilizou-se de elementos já inseridos no tipo penal do art. 33 da Lei 11.343/06, bem como na causa de aumento do art. 40, III, do mesmo diploma legal, para fundamentar a majoração da pena-base acima do mínimo legal, ocorrendo verdadeiro bis in idem.

No que tange somente ao apelante NILCIMAR, sua defesa sustenta que a majoração da pena-base sob fundamento nas "condenações anteriores" fere o enunciado da Súmula 444 do STJ.

E preciso ressaltar que, quanto à dosimetria da pena, importante observar que a enumeração do art. 59 do Código Penal constitui critério norteador da prestação jurisdicional, afastando o arbítrio do julgador.

Entretanto, necessita o Juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta.

O legislador ordinário, no artigo 59 do Código Penal, quando a respeito dispôs, deixou expresso que, dita individualização, deve ser feita - naturalmente, de modo que se revele necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime - levando em conta, além da culpabilidade do réu, sua conduta social, antecedentes, circunstâncias e conseqüências do crime, recomendando que, em tal oportunidade, estabeleça o juiz o regime prisional havido como adequado para o cumprimento da pena.

Assim, ao aplicar a pena, o D. Magistrado o fez em atendimento ao sistema trifásico e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Observa-se que o I. Magistrado monocrático fixou a pena base dos apelantes acima do mínimo legal fundamentando, cada qual, conforme trecho abaixo, nos seguintes termos (doc. 126):

(...)

Já em relação ao apelante NILCIMAR, no presente caso, o Juiz sentenciante levou em consideração o fato do mesmo ostentar condenação anterior e, portanto, na primeira fase da dosimetria da pena elevou a pena base do ora apelante, conforme trecho da sentença acima transcrito.

Ressalte-se que necessita o Juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que sejam consideradas, além do fato criminoso, as circunstâncias e as conseqüências do crime, a análise da personalidade, de sua inclinação para práticas delitivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Note-se que, os fundamentos utilizados pelo magistrado sentenciante relativamente a condenações anteriores, como bem observou o Parquet, comprovam inequivocamente que o ora apelante possui a personalidade distorcida, voltada para a prática de crimes graves.

(...)

Repise-se que, em relação à dosimetria da pena, verifica-se que a conduta social e a personalidade são elementos norteadores no processo de fixação da pena.

Portanto, correto o magistrado, que bem analisou a conduta social do ora apelante, que revela personalidade distorcida, pois a condição de detento claramente infere ser o ora apelante propenso à senda criminoso.

A conta de tais considerações, não pode o magistrado equiparar uma pessoa que não tem nenhuma condenação, pois não responde e não respondeu a nenhum processo, a outro, que registra condenação em seu histórico penal, o que assegura apresentar uma personalidade distorcida e voltada para o crime. Não se pode contrariar o princípio da isonomia, tratando igualmente réus em situações notadamente desiguais.

Frise-se que, agiu com correção o magistrado, que valorou os critérios legais e recomendados pela doutrina para fixar a pena, de forma a ajustá-la ao seu fim social.

Logo, pertinente à primeira fase da dosimetria, é de se concluir que, o Juiz monocrático bem justificou a aplicação da reprimenda imposta a ambos os apelantes, sendo necessária e suficiente à reprovação do fato criminoso.

Deste modo, o aumento procedido na primeira fase da dosimetria da pena, de ambos os apelantes, está plenamente autorizado diante das circunstâncias judiciais que não lhes são favoráveis, com fundamentos diferentes, não ferindo qualquer princípio constitucional de garantia.

(...)

Repisa-se que, em que pese às alegações da defesa de ambos os apelantes, invocando os princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como a ocorrência de bis in idem, temos que o incremento das penas-base se mostrou necessário, suficiente e satisfatório diante dos argumentos acima expendidos, não se vislumbrando ofensa aos princípios ora invocados.

Assim, acertada foi a decisão do D. Magistrado em fixar as penas-base acima do mínimo legal, aplicando as penas-base de 07 anos de reclusão (ALINE) e 07 anos e 08 meses de reclusão (NILCIMAR), as quais restaram devidamente fundamentadas, não podendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis ser desconsideradas.

(...) (fls. 69/78).

Opostos embargos infringentes e de nulidade pela corrê, foram rejeitados (fls. 114/122).

No presente *mandamus*, alega a impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base do paciente acima do mínimo legal.

Requer seja a pena-base fixada em "patamares proporcionais e razoáveis, mais próximo do mínimo legal" (fl. 11).

Foram prestadas informações às fls. 135/191.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Moacir Mendes Sousa, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 194/206).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.445 - RJ (2014/0177228-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. FEITOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. CONSIDERAÇÕES VAGAS E GENÉRICAS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base em razão da personalidade e da conduta social, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre as referidas circunstâncias, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Quanto às demais circunstâncias, não foram arrolados dados concretos a justificar a majoração da pena, haja vista que o Juízo de primeiro grau teceu, tão somente, considerações vagas e genéricas, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base, reduzindo a reprimenda imposta à paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Da leitura dos autos, verifica-se que a pena-base do paciente foi exasperada em 2 anos e 8 meses, por terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à personalidade, tendo em vista a existência de condenações anteriores, bem como em razão "da intensidade do dolo e as demais circunstâncias envolventes do episódio" (fl. 35).

Ocorre que, do histórico penal do paciente não consta informação acerca do trânsito em julgado das condenações ora invocadas para valorar negativamente as referidas circunstâncias (fls. 25/26).

Consoante o entendimento perfilhado pelos Tribunais Superiores, entretanto, a pendência de procedimentos penais em marcha não pode ser substrato para a valoração negativa dos antecedentes criminais, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 344, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE: FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. 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.

2. A grave ameaça, utilizada pelo Juízo Sentenciante para majorar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, constitui elemento inerente ao delito de coação no curso do processo.

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 do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados no voto.

(HC 265.685/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444/STJ. MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ AFASTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. CONDENADO REINCENTE EM QUE FOI APLICADA PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- As instâncias originárias, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideraram desfavorável ao paciente apenas o parâmetro referente aos seus antecedentes, em razão de uma ação penal em andamento, o que não autoriza o acréscimo aplicado. Incidência da Súmula n. 444 do STJ.

- Correto o aumento de 5/12 (cinco doze avos) pela incidências das três majorante, uma vez que a exasperação em patamar acima do mínimo legal não decorreu unicamente do número de causas de aumento incidentes, tendo o acórdão recorrido justificado que a majoração se deu em razão das peculiaridades concretas do crime, destacando a maior quantidade de roubadores (três agentes), a ousadia no cometimento do delito e o maior risco gerado às vítimas, que tiveram sua residência invadida e, sob ameaça de uma arma de fogo, foram subjugadas e confinadas, por diversas horas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em pequeno cômodo de sua residência, fatos que autorizam aplicação da qualificadora no quantum adotado. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, haja vista que se trata de condenado reincidente, cuja pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, unicamente, para fixar a pena-base em seu mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 225.517/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

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. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 3. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE. REPROVABILIDADE. 4. ANTECEDENTES VALORADOS COM BASE EM AÇÕES EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. 5. PERSONALIDADE DO AGENTE. TENDÊNCIA PARA A PRÁTICA DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 6. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DUPLA VALORAÇÃO TÍPICA. EXECUÇÃO DESPROPORCIONAL. DISPAROS EFETUADOS. RISCO PARA TERCEIROS. 7. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, no caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela lei - Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que cabe ao juiz aplicar a pena justa à espécie, com a necessária motivação, à luz do método trifásico.

3. A circunstância judicial relativa à culpabilidade deve ser valorada levando-se em consideração a maior ou menor reprovabilidade da conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretamente praticada, o que não se verificou na espécie.

4. De acordo com o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça - verbete nº 444 -, não podem ser considerados como circunstâncias judiciais desfavoráveis os inquéritos e as ações penais em andamento, por ferir o princípio da presunção de inocência.

5. Referência à personalidade do réu de ter "tendência para as práticas delitivas", não é suficiente para aumentar a pena-base, pois não reflete a análise do indivíduo perante a coletividade - verdadeiro sentido dessa circunstância - não podendo, assim, implicar prejuízo na dosagem da apenação.

7. A valoração negativa das circunstâncias do crime - porque o delito ocorreu com a promessa de recompensa - é inerente ao tipo penal descrito no art. 121, § 2º, I do Código Penal, não devendo ser a reprimenda majorada por esse motivo, sob pena de ocorrência de dupla valoração do mesmo fato. Todavia, merece ser avaliada negativamente, em razão da forma como o delito foi praticado - desproporcional e desnecessária, gerando, inclusive, risco para terceiros, diante do número de disparos efetuados -, fundamentos tidos como idôneos para exasperar a pena do paciente.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 9 (nove) anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

(HC 230.457/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013)

PENAL. RECLAMAÇÃO. TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL. ART. 1º DA RESOLUÇÃO 12/2009, DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E TERMOS CIRCUNSTANCIADOS PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 444/STJ. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

I. É cabível a ação de reclamação para "dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil", nos termos da Resolução 12/2009, do STJ.

II. Hipótese em que foram considerados quatro registros de Inquéritos Policiais e três Termos Circunstanciados, instaurados contra o reclamante, para a exasperação da sua pena-base, tanto a título de maus antecedentes, como de conduta social e personalidade desfavoráveis, o que constitui flagrante afronta à Súmula 444 do STJ, que estabelece que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", devendo, pois, ser excluídos do cálculo da pena-base, à mingua de condenação transitada em julgado.

III. A jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula 444/STJ, tem entendido que "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" (STJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 206.442/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 02/04/2013).

IV. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 9.353/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, DJe 10/05/2013)

Confira-se, por oportuno, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

A fundamentação empregada, portanto, deve ser afastada, eis que importa em violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

Ademais, quanto às demais circunstâncias, não foram arrolados dados concretos a justificar a exasperação da pena, haja vista que o Juízo de primeiro grau teceu, tão somente, considerações vagas e genéricas, completamente dissociadas das circunstâncias concretas dos autos, sem declinar de qualquer elemento que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada, o que configura constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, de ofício. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto.

(HC 61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO NOS TERMOS DO ART. 600, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS DEVIDAMENTE INTIMADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL A OUTRO DEFENSOR QUANDO JÁ CONSUMADA A PRECLUSÃO TEMPORAL. 2. DOSIMETRIA REALIZADA DE FORMA EQUIVOCADA. VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE CONSTANTE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL DE TRÁFICO. PATENTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 3. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. É facultado à parte interpor o recurso de apelação com a apresentação das razões recursais perante o Tribunal de Justiça, conforme disposição do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Inexiste nulidade, se o advogado constituído do réu, a despeito de regularmente intimado pela imprensa oficial, permanece inerte e não apresenta as razões de apelação.

2. O substabelecimento a novo advogado, após o transcurso do prazo para a apresentação das razões do recurso de apelação, não impõe a reabertura do lapso para o protocolo da peça processual e nem obriga à intimação do novo causídico para fazê-lo, haja vista a ocorrência de preclusão lógica (perda de uma faculdade processual), recebendo o defensor o processo no estado em que se encontra. A inércia do advogado constituído pelo réu, que perde o prazo para a apresentação das razões recursais, não é causa de suspensão ou interrupção de prazos.

3. A reabertura de prazo recursal para advogado constituído após a perda do lapso recursal pelo causídico anterior viola os princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva, por permitir manobras ardilosas objetivando a reabertura de prazo recursal diante da inércia da defesa dentro do prazo previsto em lei.

4. Patente ilegalidade constante na dosimetria da pena, haja vista a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade ter sido valorada com base no conceito analítico de crime, bem como em razão de os motivos - lucro fácil - e as consequências - prejuízo à saúde pública - serem inerentes ao tipo penal de tráfico de drogas. Possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, com extensão da ordem ao corrêu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício, para redimensionar a pena do agravante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com extensão da ordem ao corrêu Jaime Andrade Carvalho, cuja pena vai definida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no Ag 1319158/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, a fim de afastar a exasperação da pena-base, reduzindo a pena-base para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0177228-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 299445 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02987018720128190001 2987018720128190001

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: NILCIMAR ALEXANDRINO MACHADO DIAS
CORRÉU	: ALINE MARTINS AQUINO

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.