



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 137.379 - SP (2009/0101349-2)**

RELATOR : **MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : **LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **VAGNO MOREIRA DA SILVA**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROCESSOS SEM CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INFORMAÇÃO DE QUE O PACIENTE COMANDAVA O TRÁFICO DE DROGAS NA REGIÃO. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO. INVIÁVEL A DISCUSSÃO NA VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SANÇÃO FIXADA ABAIXO DO PATAMAR DE QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Esta E. Corte vem decidindo reiteradamente que ações penais e inquéritos policiais em andamento não devem ser levados em consideração para a exasperação da pena-base. Precedentes.

2. Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, se consta dos autos informação de que o paciente comanda o tráfico na região, sendo necessária a incursão no acervo probatório dos autos para desconsiderar tal afirmação, o que não se coaduna com a via estreita do *habeas corpus*.

3. Evidenciado que o crime foi cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, estando a pena-base no mínimo legal e a definitiva abaixo de quatro anos de reclusão, imperiosa a fixação do regime inicial aberto de cumprimento da pena.

4. Ordem parcialmente concedida, para reduzir a pena imposta para três anos de reclusão e cinquenta e oito dias-multa, e fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena, tendo prevalecido, nesse ponto, o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues, que fixava o regime semiaberto.

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, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, sendo que o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator a concedia em maior extensão, ao fixar o regime aberto, tendo prevalecido, nesse ponto, o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues, que fixava o regime semiaberto.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 09 de novembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.379 - SP (2009/0101349-2)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNO MOREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (RELATOR): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VAGNO MOREIRA DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatado em 17/08/2006, que negou provimento ao apelo defensivo, para manter incólume a sentença que condenara o paciente a cumprimento de pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses, em regime integral fechado, e ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, no valor mínimo legal, por violação ao art. 12, *caput*, da Lei nº. 6.368/76.

O impetrante alega, em síntese, que primeira ilegalidade praticada pela instâncias ordinárias diz respeito à fixação de pena-base acima do mínimo legal, sob o argumento incorreto de que o paciente possuía maus antecedentes, tendo em vista que, à época da sentença e do julgamento do acórdão, não existia contra o ora paciente decisão condenatória transitada em julgado, porquanto os dois processos mencionados para elevar a sanção penal se encontravam, ainda, em andamento.

Alega, ainda, que o paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, no seu patamar máximo de 2/3, uma vez que o paciente é primário, tem bons antecedentes, não integra organização criminosa e tampouco se dedica a atividade criminosa, além daquela que resultou na sua condenação.

Sustenta, também, que deve ser aplicado *in casu*, o regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do que preconiza o art. 33 do Código Penal e a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, salientando que a Lei nº 11.484/07, que instituiu o regime inicial fechado para os crimes hediondos e assemelhados não pode retroagir por ser mais gravosa.

Requer, assim, em liminar, que o paciente seja inserido, imediatamente, no regime prisional aberto. No mérito, requer a confirmação da liminar e a redução da pena base para o mínimo legal de 03 (três) anos, aplicando-se o redutor previsto no § 4º do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33 da Lei nº 11.343/06, no patamar de 2/3 (dois terços).

A medida liminar foi indeferida, a fls. 38/39.

Foram dispensadas as informações da autoridade impetrada.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer, a fls. 42/45, opinando pela concessão parcial da ordem, para que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, com início de seu cumprimento no regime aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.379 - SP (2009/0101349-2)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNO MOREIRA DA SILVA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (RELATOR):

O juízo de primeiro grau fixou a pena do paciente nos seguintes termos, in verbis:

Ante o exposto, prossigo com a análise da pena considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 da Lei Penal.

O réu é primário, mas possui antecedente criminal e personalidade tendente ao submundo do crime como se vê das certidões de fls. 106 e 157 nas quais constam condenações por seqüestros.

Sua culpabilidade é de grave intensidade. Sua conduta social deve ser tida por consoante à moral média ante a ausência de prova contrária.

Atenta, ainda, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, fixo a pena-base em 03 anos e 06 meses de reclusão e 58 dias-multa.

Não há circunstâncias agravante nem atenuante a serem consideradas.

Nem causa de aumento ou diminuição de pena, donde a torna definitiva nesta instância.

E com relação ao pedido ministerial de aumento de pena diante da associação criminosa, observo que tal conduta não foi descrita na denúncia, de modo que dela o réu não se defendeu, e como não houve aditamento à denúncia para incluí-la, deixo de considerá-la sob pena de não o fazendo, ser nula a decisão por falta de correlação entre a sentença e a denúncia, com o que também concorda a d. Defesa em seus memoriais.

O regime prisional será o integral fechado, por determinação legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90), considerando-se a gravidade delitiva e os dissabores e ruína que traz à população, motivo pelo qual entendo não ser caso de substituição ou concessão de benefício legal, por incompatível com a ordem pública que o crime de tráfico ilícito de entorpecente gera.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal a quo, por sua vez, manteve a pena fixada sob os fundamentos a seguir transcritos:

De outra parte, a reprimenda foi criteriosamente fixada, um pouco acima do mínimo legal, em virtude dos antecedentes criminais do acusado, não merecendo nenhuma alteração (fls.106 e 157).

No mais, fica mantido o regime integral fechado para o desconto da pena corporal, a teor do que dispõe a Lei dos Crimes Hediondos. Não se desconhece que, recentemente, o Colendo Supremo Tribunal Federal acolheu, por estreita maioria de votos, num determinado caso concreto, a tese da possibilidade de progressão nos regimes de cumprimento das penas ditas privativas de liberdade, mesmo ao autor de crime hediondo ou a este equiparado por Lei. Aliás também ninguém ignora que, anteriormente, em inúmeros outros casos concretos, o Excelso Pretório vinha decidindo no sentido diametralmente oposto.

Verifica-se, pois, que o Tribunal estadual considerou, sem maior fundamentação, corretas as penas aplicadas, como também adequado o regime prisional fechado.

No entanto, como se viu da sentença de primeiro grau, não declinou ela fundamentos ensejadores do aumento de pena na fase do artigo 59 do Código Penal, salvo os antecedentes criminais do paciente e a referência a pertencer ele ao sub-mundo do crime (exatamente em decorrência dos antecedentes). Quanto a ser intensa sua culpabilidade, não é acima da normalidade, considerando que se está tratando de crime de tráfico de entorpecentes.

A pena privativa de liberdade, deste modo, deveria fixar-se no mínimo legal, em especial, porque os antecedentes não devem ser levados em conta, se os processos a que se referem estão em tramitação. Há duas condenações por sequestro, mas sem trânsito em julgado para a defesa, como se vê das certidões juntadas aos autos.

Esta E. Corte vem decidindo que ações penais e inquéritos policiais em andamento não devem ser levados em consideração para a exasperação da pena-base:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INÍCIO DA PRÁTICA DOS ATOS DE EXECUÇÃO. TIPICIDADE CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM CURSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ROUBO ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES.

1. Pretensão de absolvição do paciente ao argumento de que sua conduta se restringiu aos preparatórios do roubo, não havendo falar em tentativa.

2. Matéria que esbarra na impossibilidade de se proceder, na via eleita do habeas corpus, ao revolvimento das provas já examinadas pelas instâncias ordinárias.

3. O Tribunal de origem, de forma fundamentada, concluiu, na espécie, ter o paciente dado início, juntamente com os demais corréus, aos atos executórios do crime de roubo, que somente não se consumou em razão da pronta intervenção policial.

4. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que inquéritos ou ações penais em andamento não podem ser levados em conta para efeito de fixação da pena-base acima do mínimo, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

5. Segundo entendimento pacífico deste Tribunal, ainda que se trate de roubo duplamente circunstanciado, a fixação do respectivo coeficiente de aumento exige fundamentação concreta, não bastando a alusão à quantidade de majorantes.

6. Ordem parcialmente concedida para, reduzido, de ofício, o coeficiente de aumento do roubo circunstanciado a 1/3 (um terço), estabelecer as penas a que foi condenado o paciente, na ação penal aqui tratada, em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a serem cumpridos inicialmente no regime fechado, e pagamento de 5 (cinco) dias-multa.

(HC 112639 / RS, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 28/09/2009, grifamos);

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO EXTINTA EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento, inclusive sentença condenatória sem o trânsito em julgado, não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados para agravar a pena-base.

2. Redução da pena-base que faz extinguir a punibilidade, pela prescrição retroativa.

3. Ordem concedida para reduzir a pena privativa de liberdade para 9 (nove) meses de reclusão e de ofício, declarar extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso VI, e 114, inciso II, do Código Penal.

(HC 76950 / DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 03/11/2009, grifamos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reduzem-se as penas aos mínimos, com o registro de que a pena pecuniária segue critério diverso, baseado nas condições financeiras do acusado, que, na espécie, não são favoráveis, pelo que se deduz dos autos.

Redução das penas nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é inviável, nesta via constitucional, porque da sentença constou que o paciente comandava o tráfico de drogas na área, isto já há muito tempo, de tal modo que essa discussão se mostra de alta indagação, dependente da aprofundada análise da prova, impossível nos estreitos limites do "*habeas corpus*".

O regime aberto é admitido não só pelo Supremo Tribunal, como igualmente por esta Corte, conforme precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. POSSIBILIDADE. OPERAÇÃO QUE PRIVILEGIA O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DEFERIMENTO.

1. A combinação de leis – extração de dispositivos mais benéficos de uma e de outra lei – se compatibiliza com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Precedentes do STJ e STF.

2. No caso, embora condenado por tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fazendo jus à causa de diminuição ali descrita.

3. Considerando que a pena-base foi estabelecida no piso legal; os bons antecedentes; a ausência de circunstâncias desfavoráveis; e a apreensão de pequena quantidade de entorpecente, é viável o deferimento da minorante no patamar máximo - de 2/3 (dois terços).

4. Pelas mesmas balizas, é possível o abrandamento do regime prisional e a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

5. Ordem concedida para, de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzir a pena recaída sobre o paciente, de 3 (três) anos de reclusão, e 50 (cinquenta) dias-multa para 1 (um) ano de reclusão, mais pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime prisional aberto e substituir a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade. A implementação da restritiva de direitos fica a cargo do Juiz das execuções.

(HC 97971 / MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. para o Acórdão Min. OG FERNANDES, DJe 09/08/2010, grifamos);

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE.

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.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

5. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve ser convertida a pena privativa de liberdade do Paciente em restritiva de direitos. Precedentes.

6. Habeas corpus concedido, de ofício, para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, fixando-se a pena-base do Paciente no mínimo legal. Ordem concedida, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do Juízo das Execuções Criminais a sua implementação.

(HC 170.934 / RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 18/10/2010, grifamos).

Em face do exposto, concedo em parte a ordem impetrada, para fixar as penas em 3 (três) anos de reclusão, e o pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, fixado o regime prisional aberto, tendo prevalecido, nesse ponto, o voto do Sr. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Haroldo Rodrigues, que fixava o regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.379 - SP (2009/0101349-2)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sra. Ministra Presidente, parece-me que o regime semiaberto é o mais adequado para o caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0101349-2

HC 137.379 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13622003 8826073

EM MESA

JULGADO: 09/11/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VAGNO MOREIRA DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, sendo que o Sr. Ministro Relator a concedia em maior extensão, ao fixar o regime aberto, tendo prevalecido, nesse ponto, o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues, que fixava o regime semiaberto."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 09 de novembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário