



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.169 - RJ (2013/0390450-7)

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 : RAFAEL RIBEIRO DA COSTA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 14 DA LEI 10.826/03. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. (3) *WRIT* PREJUDICADO, EM PARTE, NO MAIS NÃO CONHECIDO. ORDEM 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Na espécie, as instâncias de origem não arrolaram elementos concretos, com relação às circunstâncias judiciais - personalidade e conduta social - consideradas negativas, sendo, de rigor, a redução da pena-base. É de ver que exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante da Súmula n.º 444 desta Corte. Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

3. *Habeas corpus* prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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, julgou prejudicado em parte o pedido de *habeas corpus* e, no mais, dele não conheceu, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.169 - RJ (2013/0390450-7)

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 : RAFAEL RIBEIRO DA COSTA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL RIBEIRO DA COSTA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n.º 0005362-82.2013.8.19.0014).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 36 (trinta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 14 da Lei 10.826/03, nestes termos (22/27):

Trata-se ação penal proposta contra o réu RAFAEL RIBEIRO DA COSTA, qualificado nos autos, imputando-lhe a prática do delito tipificado no artigo 16, § único, IV, da Lei 10826/03, de acordo com os fatos narrados na denúncia de f. 02A/02B. Auto de apreensão de f. 07. Denúncia recebida a f. 43. CAC de f. 50. Defesa prévia de f. 53. Laudo de exame em arma de fogo e munição de f. 62. FAC de f. 63/65. Em seguida, na data de hoje foi realizada audiência para oitiva das testemunhas arroladas na denúncia, tendo a defesa desistido de produzir prova oral. Alegações finais orais do Ministério Público e da defesa em audiência. É o relatório. Fundamento e Decido. Realizada a instrução criminal, restaram sobejamente demonstrados os fatos descritos na denúncia, sendo a autoria configurada em relação ao réu. A materialidade encontra-se no auto de apreensão de f. 07 bem como no laudo de exame em arma de fogo e munição de f. 62. O acusado negou a prática do crime, mas acabou demonstrando inclusive a falsidade do depoimento da testemunha arrolada pela defesa. Afirmou que no dia dos fatos estava conversando com a testemunha Patrick em frente a casa do mesmo. Declarou ainda que o objeto prateado que estava em suas mãos era um telefone, que não foi apreendido pelos policiais, terminando por afirmar que a arma foi encontrada em um terreno atrás da casa de Patrick. Note-se que a testemunha Patrick, conhecedor do protecionismo do Estatuto Menorista, tentou excluir a autoria do réu, entrando inclusive em contradição com o interrogatório daquele. A testemunha afirmou que não conhece o réu e não sabia que o mesmo se encontrava em frente a sua casa. Conseqüentemente não sabia o que o réu estava fazendo naquele onde foi abordado pelos militares. Afirmou entretanto que os policiais apreenderam uma arma em um terreno atrás da parede do quarto de sua casa que é feita de cobogós e que é coberta por um tecido que serve de cortina. A contradição entre a testemunha e o réu é flagrante e demonstra o descrédito das declarações de ambos. O fato é que o contexto probatório demonstra a autoria do crime imputado ao réu. Os depoimentos dos policiais militares que lograram prender o réu e apreender a arma são claros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e precisos, corroborando a denúncia em todos os seus termos. De fato esclareceram que durante patrulhamento em local conhecido pela incidência do tráfico, viram o réu empunhando uma arma prateada, o qual empreendeu fuga ao ver a viatura. Ficou esclarecido que o réu fugiu para o interior do quintal da casa de Patrick, também conhecido pelo tráfico, onde existem 05 casas todas de familiares daquele. Nota-se claramente que o réu não tinha qualquer motivo para se encontrar no referido quintal, posto que não tinha nenhuma ligação de parentesco com os moradores. Os policiais perseguiram o réu e o abordaram em frente a casa de Patrick, destacando-se que era a única casa que estava com a porta fechada. Restou esclarecido ainda que até o momento da abordagem, dava tempo suficiente para o réu fazer contato com Patrick, entregar-lhe a arma a fim de excluir o flagrante, e aquele fechar a porta. Realizada a revista na casa de Patrick os policiais perceberam que no quarto, o tecido que servia de cortina de uma parede de cobogós estava com parte enfiada no buraco de cobogó, demonstrando que algo havia sido empurrado através do pano para o terreno imediatamente atrás da parede. O militar Robson foi até o terreno e encontrou a arma caída no chão há apenas 10 cm de tal parede, tendo a convicção de que a arma realmente havia sido jogada pelo cobogó pela parte interna da parede do quarto da casa de Patrick. É bom salientar que a arma apreendida tinha as mesmas características da arma empunhada pelo réu no momento da fuga, sendo prateada. Ressalte-se que não é comum encontrar-se armas prateadas de material inox ou assemelhado, não se podendo crer em enorme coincidência entre a arma empunhada pelo réu e aquela apreendida. Restou esclarecido ainda que o réu bem como Patrick fazem parte do movimento do tráfico de drogas no local da diligência, sendo certo que o segundo foi inclusive preso no mês passado por tal atividade ilícita. Devo ressaltar que chegar a ser risível a afirmação do réu de que o objeto prateado que portava na mão quando foi visto pelos policiais se tratava de um celular, até porque não houve nenhuma apreensão de tal objeto, o que com certeza seria levado a efeito pelos militares. Os testemunhos dos policiais além de claros e precisos, encontram coerência com as declarações prestadas em sede inquisitória e ostentam total valia e legitimidade. Isto porque não seria lógico que o Estado credenciasse agentes públicos para o exercício de polícia de repressão e, após, negar-lhes crédito às palavras referentes ao exercício deste poder e cumprimento do dever legal, sobretudo quando prestam depoimentos harmônicos e precisos dentro do contexto probatório.

(...)

De se aplicar, no caso *sub judice*, as regras de experiência comum, subministrada pelo que comumente ocorre, nos termos do disposto no artigo 335 do CPC, pelo que deve o juiz proferir a sentença valorizando e apreciando as provas. Não há qualquer dúvida, pois, da existência do fato e da autoria imputada ao réu, demonstrando a prova produzida ser farta, precisa e clara neste sentido. Negar a autoria imputada ao réu diante do contexto probatório equivaleria a negar o óbvio. Analisando o laudo pericial de f. 62, verifico que muito embora a denuncia tenha narrado que a arma apreendida estava com numeração raspada, tal conclusão não foi ratificada pelo expert, que identificou o numeral, mesmo esclarecendo que a arma sofreu ação contundente no local exato da numeração. Assim, mister a desclassificação para o tipo previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento. Ante o exposto, julgo procedente em parte o pedido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contido na denúncia e, operando a desclassificação e, em consequência, CONDENO o réu RAFAEL RIBEIRO DA COSTA, por infração ao preceito do artigo 14, da Lei 10.826/03 e **passo a aplicar-lhe a pena. O acusado é primário e ostenta bons antecedentes. Porém responde a outro processo por crime da mesma espécie, estando os autos conclusos para sentença, conforme certidão de f. 68, o que demonstra ter personalidade voltada para a prática de crimes contra a segurança pública. Ademais, foi demonstrado pela prova oral que o réu tem envolvimento com o tráfico de drogas na localidade dos fatos, ressaíndo daí que sua conduta social é extremamente negativa. Atento a essas circunstâncias e as demais previstas no Código Penal, fixo a pena base em 03 anos de reclusão cumulada com 36 dias multa. Torno a pena definitiva diante da inexistência de outras causas de alteração de pena previstas em lei penal.** O regime de cumprimento da pena será o semiaberto, conforme permissivo legal (art. 33, § 2º, "b" do CP), por entender mais adequado com o fato, bem como as condições pessoais do réu, que encontra-se envolvido em práticas criminosas incluindo, segundo os militares, o movimento do tráfico de drogas. Por isso a segregação no regime fixado terá o condão de alcançar o fim especial da pena, afastando-o do convívio da criminalidade. Considerando que o réu não preenche os requisitos elencados no artigo 44 do CP, deixo de substituir a pena reclusiva por restritiva de direitos. Fixo a pena de multa no valor unitário mínimo legal diante das condições econômicas do réu. Outrossim, condeno o réu ao pagamento das custas judiciais e taxa judiciária (CPP, art. 804). Tendo em vista que o réu encontra-se preso desde o início da persecução penal, mantenho a custódia decorrente de sentença penal condenatória, como forma de garantir a aplicação da lei penal e a ordem pública, evitando a reiteração criminosa. Frise-se que conforme entendimento jurisprudencial, quando o réu responde o processo na condição de preso desde o início, esta condição deve continuar até o trânsito em julgado da condenação, conforme art. 393, I do CPP. Neste sentido: HC 9492-65.2010.8.19.0000, TJRJ, 2ª Câmara Criminal, Rei. Des. Sidnei Rosa. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra vez que não poderá apelar em liberdade, sendo sua prisão necessária para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, sob os seguintes fundamentos (fls. 42/47):

Conforme se vê da sentença de fls. 72/77 (indexador 00093 do processo eletrônico), o magistrado de piso condenou o apelante pela prática do crime do artigo 14, da Lei nº 10.826/03. A pena-base foi fixada em 03 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa. Foi considerado para a elevação da pena-base o fato de o acusado possuir personalidade voltada para a prática delituosa e ser integrante do tráfico de drogas na região (conforme prova oral colhida), o que demonstraria má conduta social.

Nesse sentido, entendo estar concretamente fundamentada a doughta sentença, não havendo que se falar em impropriedade técnica desta.

Pelos mesmos fundamentos outrora expendidos, incabível falar-se em alteração do regime inicial de cumprimento, uma vez que entendo ter agido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com correção o magistrado *a quo*, ao observar as regras dos artigos 33, §3º c/c 59, ambos do Código Penal.

Por fim, não há que se falar em substituição da PPL por PRDs, eis que o réu não preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Ante as considerações expostas, dirijo meu voto no sentido de CONHECER DO RECURSO DEFENSIVO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, para manter, *in totum*, a sentença primeva, nos termos acima epigrafados.

Daí o presente *mandamus*, no qual alega o impetrante ser viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*.

Defende que houve violação à Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Revela que a personalidade do paciente foi considerada com base em uma ação penal sem trânsito em julgado.

Aduz que "é inadequada a valoração negativa de circunstâncias judiciais tais como a conduta social e a personalidade do paciente em parâmetros não estabelecidos legalmente" (fl. 8).

Ressalta que "a pena-base fixada/mantida, tornada definitiva, está em descompasso com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade eis que diante de duas circunstâncias judiciais foi procedido a um aumento exagerado de 1/2 sem idônea fundamentação" (fl. 9).

Enaltece que careceu de fundamentação concreta a fixação do regime mais gravoso e que inexistia óbice para a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, sejam desconstituídos nos pontos questionados a sentença e o acórdão, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, alterar o regime prisional para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 51-56.

As informações foram juntadas às fls. 63-81.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 84-86, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

Segundo as últimas informações, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.169 - RJ (2013/0390450-7)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 14 DA LEI 10.826/03. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. (3) *WRIT* PREJUDICADO, EM PARTE, NO MAIS NÃO CONHECIDO. ORDEM 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Na espécie, as instâncias de origem não arrolaram elementos concretos, com relação às circunstâncias judiciais - personalidade e conduta social - consideradas negativas, sendo, de rigor, a redução da pena-base. É de ver que exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante da Súmula n.º 444 desta Corte. Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

3. *Habeas corpus* prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada. (HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada. 4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados. (HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente *mandamus* tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o *habeas corpus* presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa. 6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

In casu, verifica-se que as instâncias de origem não apresentaram fundamentação idônea para justificar o acréscimo da pena na primeira fase da dosimetria, tendo em vista a valoração negativa da personalidade e da conduta social do paciente.

Colhe-se da sentença condenatória:

O acusado é primário e ostenta bons antecedentes. Porém responde a outro processo por crime da mesma espécie, estando os autos conclusos para sentença, conforme certidão de f. 68, o que demonstra ter personalidade voltada para a prática de crimes contra a segurança pública. Ademais, foi demonstrado pela prova oral que o réu tem envolvimento com o tráfico de drogas na localidade dos fatos, ressaíndo daí que sua conduta social é extremamente negativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eis o aresto atacado, no que interessa:

A pena-base foi fixada em 03 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa. Foi considerado para a elevação da pena-base o fato de o acusado possuir personalidade voltada para a prática delituosa e ser integrante do tráfico de drogas na região (conforme prova oral colhida), o que demonstraria má conduta social.

Diante da afirmação do próprio magistrado, constata-se que o processo utilizado para incrementar a pena-base ainda não transitou julgado, o que se mostra inservível a tal fim. Ademais, notabiliza-se que a menção de que o paciente estaria envolvido com o tráfico de drogas, também não respalda a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, já que reflete mera suposição, uma vez que o paciente até então não havia sido sequer processado pelo referido crime.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais: 'Em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se considera mau antecedente o processo criminal em curso' (HC-70.967, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 12.11.2007).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 152.478/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE ABSTRATA E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, em desarmonia com o disposto no artigo 59 do Código Penal, tendo o magistrado apontado a gravidade abstrata do delito e circunstâncias inerentes ao tipo penal para justificar a majoração, contudo, sem indicar qualquer elemento concreto e idôneo para tal fim. 2. O fato de o paciente responder a dois outros processos não é suficiente para demonstrar 'péssimos antecedentes', pois não se admite a utilização de processos sem trânsito em julgado para caracterização desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula nº 444 desta Corte.

3. Assim, deve a pena do homicídio consumado ser reduzida ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal de 12 anos de reclusão e a do homicídio tentado para 4 anos de reclusão.

4. Reconhecida a continuidade nas instâncias ordinárias, constata-se que ela é mais benéfica ao apenado. Dessa forma, deve a pena mais grave (12 anos de reclusão) ser aumentada em 1/6 - patamar adotado pelo Juiz - fixada a pena definitiva em 14 anos de reclusão.

4. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 14 anos de reclusão.

(HC 141.620/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado *a quo* estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 164.883/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SURSIS. NÃO-CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o *SURSIS* às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento.

(HC 140.306/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

Mire-se, inclusive, no que dispõe a Súmula n.º 444 deste Tribunal Superior, *in verbis*:

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

Nesse passo, necessário redimensionar a reprimenda do paciente. Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição de pena, torno-a definitiva no referido *quantum*.

Por fim, apurou-se que o paciente foi beneficiado com o livramento condicional, sendo forçoso reconhecer que, neste ponto, encontra-se esvaído o objeto do presente *writ*.

Ante o exposto, julgo prejudicado o *habeas corpus* no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conheço. Mas, concedo a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0390450-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 283.169 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00053628220138190014 008022013 53628220138190014 8022013

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

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. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

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 : RAFAEL RIBEIRO DA COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

CERTIDÃO

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

A SextaTurma, por unanimidade, julgou prejudicado em parte o pedido de habeas corpus e, no mais, dele não conheceu, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.