



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.760 - MG (2010/0099219-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADA : JÚNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARLON LÚCIO DIAS DE FREITAS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. PERSONALIDADE. FEITOS EM CURSO. VOLTADA PARA A CRIMINALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INVIABILIDADE. 3. CULPABILIDADE. EXTREMAMENTE REPROVÁVEL. CONDUTA DELITIVA QUE NÃO FOGE AO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. GRAVES PARA A SAÚDE PÚBLICA. SEM CONCRETUDE. 5. MOTIVO. GANHO FÁCIL. INERENTE AO TIPO PENAL. ARGUMENTO INADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 6. DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. 7. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. A existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Inquéritos e processos em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a circunstância da personalidade, 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.

3. Mencionar que a culpabilidade foi "extremamente reprovável" não constitui fundamentação idônea, visto que a dada circunstância se refere ao grau de reprovabilidade da conduta do acusado, que não passou do habitual ao crime em comento.

4. Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que "foram graves para a saúde pública", devendo, pois, expurgar o acréscimo decorrente do exame genérico feito pelo julgador.

5. Com relação ao motivo do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como negativo, salientando que o acusado "visava somente o ganho fácil". Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.

6. A menção do julgador acerca da "diversidade das drogas apreendidas" constitui elemento concreto dos autos, retirado do delito em apreço, para dar supedâneo à sua consideração desfavorável, motivando, pois, a majoração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base nesse aspecto.

7. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda imposta ao paciente.

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 1º de setembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.760 - MG (2010/0099219-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADA : JÚNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARLON LÚCIO DIAS DE FREITAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARLON LÚCIO DIAS DE FREITAS, apontando como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Embargos Infringentes 1.0024.08.149607-7/002).

Segundo se colhe, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e, ao final, condenado à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 675 (seiscentos e setenta e cinco) dias-multa.

Foi interposto recurso de apelação, no qual a defesa pleiteou a absolvição ou desclassificação para o delito de uso de drogas, bem como a redução da pena-base ao mínimo legal, tendo o Colegiado de origem negado provimento ao apelo. Eis o teor do julgado (fls. 42/90):

"Conheço do recurso porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Nos termos do recurso voluntário, pretende o apelante sua absolvição ou a desclassificação da conduta para o uso de entorpecente (art. 28, da Lei Federal nº 11.343/06). Requer, ainda, a fixação da pena no mínimo legal, alegando que não houve correta individualização da pena, pelas considerações genéricas acerca das circunstâncias do art. 59, do Código Penal.

Segundo narra a denúncia, no dia 10 de julho de 2008, por volta das 10:30 horas, na Rua Ravina, nº 235, bairro São Lucas, durante uma incursão, os policiais foram informados por populares que o denunciado Marlon, vulgo 'Piri', estaria praticando tráfico de drogas naquele local.

Chegando ao referido endereço, os policiais foram recebidos pela companheira do acusado que franqueou a entrada dos policiais em sua residência, tendo sido encontrado um invólucro de plástico contendo uma pedra de crack, sob uma prateleira da cozinha. No quintal foram localizados mais um invólucro contendo crack e outro contendo maconha. Além disso, foi apreendida, no armário do quarto do denunciado, uma balança de precisão contendo resíduos de cocaína e, na cômoda do quarto do casal, foi apreendida a quantia em dinheiro de R\$37,00 (trinta e sete reais), bem como dois aparelhos celulares.

A materialidade do delito encontra-se devidamente consubstanciada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Auto de Apreensão de fls. 14, pelo Laudo de Constatação de fls. 168, bem como pelo Laudo Toxicológico definitivo juntado às fls. 92.

(...)

E a constatação se impõe na medida em que a negativa de autoria suscitada encontra-se totalmente desamparada de qualquer outro elemento de convicção colhido, sendo as provas testemunhais e circunstanciais em que ocorreram os fatos, indiscutíveis demonstração no sentido do cometimento da ação típica, mormente porque além da diversidade da droga ainda foi encontrada uma balança de precisão que comprovadamente foi utilizada para a separação da droga que também estava acondicionada em doses unitárias, prontas para a distribuição.

Não se sustenta, por outro lado, a pretensão de desclassificação para uso, já que a circunstância em que ocorreu o flagrante, com a apreensão de 4,55g (quatro gramas e cinquenta e cinco centigramas) de maconha e 0,36g (trinta e seis centigramas) de crack separadas em duas porções distintas, bem como uma balança de precisão contendo resíduos de cocaína e dinheiro picado, somada à denúncia anônima anterior, e ainda às declarações contraditórias do réu forma um conjunto de indícios capaz de embasar a certeza de que, efetivamente, o réu se dedicava ao tráfico, malgrado pudesse ser usuário de drogas, condição esta que não exclui aquela e, aliás, acaba sendo mais um indício em função da inexistência de prova de atividade laboral para o seu próprio sustento, ou o sustento do vício.

No caso dos autos, feita a denúncia anônima, a abordagem do apelante deu-se em situação de flagrância, confirmando o teor daquelas.

Por certo que o apelante não foi apanhado praticando atos de mercancia, mas tal circunstância é irrelevante à caracterização do delito a que fora condenado, mormente porque restara devidamente comprovado nos autos que o mesmo 'guardava' e 'mantinha em depósito' drogas, não sendo demais asseverar que o tipo penal previsto no art. 33 da Lei Federal 11.343/07 é de ação múltipla ou conteúdo variado, uma vez que apresenta várias formas da violação da mesma proibição, bastando para a prática do crime, uma das hipóteses nele previstas.

Some-se a isso que a destinação comercial, ou a prova da mercancia, ao contrário do aludido pela defesa, não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções analisados, sem preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção, sustentem a destinação da droga à distribuição comercial.

(...)

Esta Câmara não discrepa do entendimento e, de modo uniforme, vem decidindo que a significativa quantidade de droga, a forma de acondicionamento em porções unitárias, aliados aos demais elementos indiciários são suficientes para evidenciarem o propósito comercial a impor a condenação por tráfico, senão vejamos:

(...)

E os indícios não autorizam a absolvição ou desclassificação para o delito de uso de entorpecentes, máxime quando o agente é surpreendido pela polícia, após denúncia anônima de que o mesmo estaria traficando em sua residência e a droga é encontrada pronta para a distribuição.

Logo, a condenação pelo delito de tráfico, se impunha como única medida de direito, não merecendo prevalecer a pretendida absolvição, bem como a desclassificação sugerida pela defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido do réu de redução da pena para o mínimo legal, também se mostra descabido.

(...)

No caso dos autos, a defesa alega que a das circunstâncias judiciais ocorreu de forma genérica, sendo fundamentadas em elementos ínsitos ao próprio tipo, o que importaria na necessidade de revisão da pena para que pudesse ela se aproximar do mínimo legalmente admitido.

De início deixaria consignado que a própria dedução no sentido de que a pena devesse tender ao mínimo foi objeto da própria decisão hostilizada que agregou apenas um ano e nove meses à pena-base, quando a média imposição penal seria no patamar de dez anos e a metade entre o mínimo e a média sete anos e meio, de modo que a pena aplicada, tende à mínima imposição penal, o que já colocaria a cobro a virtual disfunção declinada pela defesa.

(...)

Ao contrário do que alega a defesa, a análise não se restringiu à consideração de elementos ínsitos no tipo penal, mas sim, de circunstâncias que envolveram os fatos e as condições pessoais e individualizadas do réu.

Primeiramente deixaria consignado que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal só poderiam ser consideradas próprias do tipo penal quando pelo processo de eliminação hipotética não subsista o crime, se não vejamos o que nos dá conta o Min. Ruy Rosado:

(...)

Neste contexto, as ponderações do que se deva avaliar em termos de motivação do crime cujo conteúdo pretende a defesa que seja considerado dentro do tipo penal de tráfico, deixo, mais uma vez, consignado que não faz parte do tipo penal de tráfico qualquer alusão ao motivo, bastando para tanto o processo de eliminação hipotético para se vislumbra que permaneceria íntegro o próprio crime.

(...)

Logo, não veria a mais mínima condição para desqualificar a negativa avaliação empreendida pelo digno Juízo, porque não vejo dúvida de que o réu estaria fazendo do tráfico meio de vida, buscando ganhos fáceis sem trabalho lícito, condição de realmente desqualificam a própria ação produzida

Deixaria consignado, por oportuno, que a avaliação desfavorável acerca da culpabilidade, já imporia a impossibilidade de pena mínima, tal qual deduzido pela defesa, se não vejamos o que diz dela a posição tão citada por mim do Min. Ruy Rosado de Aguiar:

(...)

Logo, conquanto a defesa não ataque o enfoque produzido pelo Juízo acerca da negativa avaliação da culpabilidade, a só indicação já colocaria a cobro a pretensa imposição mínima.

Em relação às ponderações acerca da dupla valoração da reincidência, não vejo como se mostrasse possível o acatamento, porque o que se avalia com os antecedentes do réu é o seu estilo de vida, sendo certo que o apontamento realizado se deu tão somente como meio para afastar atenuações decorrentes da primariedade técnica, condição, no entanto, que não produz o pretenso afastamento.

(...)

Portanto, observa-se da Folha de Antecedentes Criminais de fls. 77 a 80, condenação cumprida pelo crime de uso de droga do ano de 2004, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2006 pelo crime de porte de arma, por outro lado, Certidão de fls. 75/76 nos dá conta da existência de um inquérito pelo crime de uso de droga do ano de 2006 e de duas prisões em flagrante noticiadas, pondo às claras que os antecedentes do réu seriam mesmo maculados.

Ademais, conquanto não tenha produzido a avaliação declinada no art. 42 da Lei Federal 11.343/06, vê-se que das quatro circunstâncias preponderantes, duas estariam efetivamente maculada já que tinha em depósito para a distribuição pedras de Crack, sendo encontrada na balança de precisão resquício da droga distribuída.

Fácil a constatação da natureza desqualificante da cocaína, seja ela normal, seja na forma de Crack, senão vejamos as conclusões do Grupo Interdisciplinar de Estudos de Álcool e Drogas (GREA), Departamento e Instituto de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em estudo publicado na Revista Brasileira de Psiquiatria sobre as alterações neuropsicológicas da droga:

(...)

Logo, conquanto a quantidade da droga apreendida não conduza a uma desqualificação, a natureza de uma delas por certo põe a cobro a mínima imposição penal desejada.

Por outro lado, a personalidade do réu foi desqualificada na avaliação, tornado patente o fato de que além das circunstâncias judiciais lhe serem desfavoráveis na maioria, ainda estariam maculadas duas das quatro condições preponderantes declinadas no art. 42 da Lei Federal 11.343/06.

Logo, o que resulta da análise empreendida é que contra o réu foram avaliadas negativamente seis das sete condições circunstanciais possíveis, já que a oitava foi declinada como imprópria de análise e duas das quatro condições preponderantes, o que forjaria um contexto circunstancial de uma pena pelo menos pela média imposição, porque nem mesmo a primariedade técnica lhe beneficiaria, vale dizer, próxima aos 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 dias-multa, de modo que o que vejo é que a pena-base aplicada no patamar de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão seria até mesmo leniente.

Neste contexto, não vejo como se possa acatar as razões produzidas pela defesa, pedindo escusas aos que pensem de modo contrário.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso."

O acórdão foi assim ementado (fl. 41):

"TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - DELITO CARACTERIZADO. Impossível o acolhimento do pedido de absolvição ou de desclassificação para o delito de uso, quando comprovado de forma inequívoca a propriedade da droga pelo réu, bem como sua destinação mercantil, mormente pela confissão do réu corroborada pelos demais elementos de prova dos autos. PENA - FALTA DE AMPARO FÁTICO, LÓGICO OU JURÍDICO. Se o plexo das circunstâncias judiciais, dentro do cenário fático probatório, forma um contexto desfavorável e as condições preponderantes sustentam imposição penal na média e a pena foi aplicada próxima ao mínimo, a pretensão de redução não se justifica fática, lógica ou juridicamente. Recurso não provido."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Opostos embargos infringentes, não foram acolhidos, nos termos desta ementa (fls. 256):

"EMBARGOS INFRINGENTES - ISENÇÃO DE CUSTAS - IMPOSSIBILIDADE. - A condenação em custas decorre de expressa previsão legal (CPP - art. 804), podendo a exigibilidade do encargo processual (custas) ser suspensa pelo juízo da execução. - Embargos rejeitados."

Daí o presente *mandamus*, no qual afirma a impetrante não ter ficado suficientemente fundamentada a exasperação da pena-base em 1 (um) ano, o que foi ratificado, de modo indevido, pelos acórdãos transcritos.

Sustenta que não há fundamento para considerar a culpabilidade como desfavorável, tampouco os antecedentes.

Aduz que "a avaliação dos antecedentes, ante a ausência de outra condenação, apoiou-se em registros de flagrantes noticiados às fls. 75/76, sendo que um deles foi o relativo ao processo que gerou a reincidência e o outro relativo ao processo em tela, como se pode concluir de uma breve leitura das datas apostas na referida certidão" (fl. 5).

Alega haver *reformatio in pejus* na consideração feita no acórdão acerca da quantidade de drogas, com fulcro no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, circunstância não considerada na sentença e nem objeto de recurso.

Acrescenta que o fato de ter o acusado cometido um delito não macula, automaticamente, a sua personalidade, devendo haver, no tópico, elementos concretos, ausentes na espécie.

Assere, em suma, que teriam sido as circunstâncias judiciais valoradas de forma negativa com afirmações vagas e genéricas.

Requer, em liminar e no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido, às fls. 136/138, sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 186/210, e ao Juízo *a quo*, trazidas às fls. 175/184.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo da Rocha, pela denegação da ordem (fls. 216/218).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.760 - MG (2010/0099219-1)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. PERSONALIDADE. FEITOS EM CURSO. VOLTADA PARA A CRIMINALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INVIABILIDADE. 3. CULPABILIDADE. EXTREMAMENTE REPROVÁVEL. CONDUTA DELITIVA QUE NÃO FOGE AO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. GRAVES PARA A SAÚDE PÚBLICA. SEM CONCRETUDE. 5. MOTIVO. GANHO FÁCIL. INERENTE AO TIPO PENAL. ARGUMENTO INADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 6. DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. 7. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. A existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Inquéritos e processos em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a circunstância da personalidade, 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.

3. Mencionar que a culpabilidade foi "extremamente reprovável" não constitui fundamentação idônea, visto que a dada circunstância se refere ao grau de reprovabilidade da conduta do acusado, que não passou do habitual ao crime em comento.

4. Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que "foram graves para a saúde pública", devendo, pois, expurgar o acréscimo decorrente do exame genérico feito pelo julgador.

5. Com relação ao motivo do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como negativo, salientando que o acusado "visava somente o ganho fácil". Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.

6. A menção do julgador acerca da "diversidade das drogas apreendidas" constitui elemento concreto dos autos, retirado do delito em apreço, para dar supedâneo à sua consideração desfavorável, motivando, pois, a majoração da pena-base nesse aspecto.

7. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

O objeto desta impetração abarca a fixação da pena-base no mínimo legal.

Nesse âmbito, confira-se o dito pelo Magistrado de primeiro grau ao prolatar a sentença condenatória (fls. 24/25):

"(...)

Considerando a culpabilidade ou a conduta do réu, que é extremamente reprovável, exigindo-se lhe outra inteiramente diversa; seus antecedentes criminais, vejo que é reincidente e possuidor de maus antecedentes; as circunstâncias do crime forma próprias do delito; as consequências do crime que foram graves para a saúde pública, tendo em vista a diversidade das drogas apreendidas; a conduta social do réu, não há como aquilatá-la, ante a ausência de elementos informativos; suas personalidade, que é voltada para criminalidade; os motivos do crime que não lhe são favoráveis, pois visava somente ganho fácil, e o comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para o crime.

Por tal, fixo ao réu a pena-base em **06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias/multa**. Em face da agravante da reincidência, aumento a pena corporal em 09 (nove) meses, e a pecuniária em 75 (setenta e cinco) dias, **concretizando-a em 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 675 (seiscentos e setenta e cinco) dias/multa**, em face da inexistência de circunstâncias atenuantes ou outras agravantes, bem como de causas de diminuição e aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime **inicialmente FECHADO**, na esteira do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, com redação dada pela novel Lei 11.464/07, que dispõe que: '**A pena por crime previsto neste artigo (dentre eles o tráfico de entorpecentes), será cumprida inicialmente em regime fechado**'.

"(...)"

O acórdão objurgado foi assim fundamentado, no que interessa (fls. 84/92):

"(...)

Neste contexto, as ponderações do que se deva avaliar em termos de motivação do crime cujo conteúdo pretende a defesa que seja considerado dentro do tipo penal de tráfico, deixo, mais uma vez, consignado que não faz parte do tipo penal de tráfico qualquer alusão ao motivo, bastando para tanto o processo de eliminação hipotético para se vislumbra que permaneceria íntegro o próprio crime.

"(...)

Logo, não veria a mais mínima condição para desqualificar a negativa avaliação empreendida pelo digno Juízo, porque não vejo dúvida de que o réu estaria fazendo do tráfico meio de vida, buscando ganhos fáceis sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trabalho lícito, condição de realmente desqualificam a própria ação produzida

Deixaria consignado, por oportuno, que a avaliação desfavorável acerca da culpabilidade, já imporia a impossibilidade de pena mínima, tal qual deduzido pela defesa, se não vejamos o que diz dela a posição tão citada por mim do Min. Ruy Rosado de Aguiar:

(...)

Logo, conquanto a defesa não ataque o enfoque produzido pelo Juízo acerca da negativa avaliação da culpabilidade, a só indicação já colocaria a cobro a pretensa imposição mínima.

Em relação às ponderações acerca da dupla valoração da reincidência, não vejo como se mostrasse possível o acatamento, porque o que se avalia com os antecedentes do réu é o seu estilo de vida, sendo certo que o apontamento realizado se deu tão somente como meio para afastar atenuações decorrentes da primariedade técnica, condição, no entanto, que não produz o pretenso afastamento.

(...)

Portanto, observa-se da Folha de Antecedentes Criminais de fls. 77 a 80, condenação cumprida pelo crime de uso de droga do ano de 2004, em 2006 pelo crime de porte de arma, por outro lado, Certidão de fls. 75/76 nos dá conta da existência de um inquérito pelo crime de uso de droga do ano de 2006 e de duas prisões em flagrante noticiadas, pondo às claras que os antecedentes do réu seriam mesmo maculados.

Ademais, conquanto não tenha produzido a avaliação declinada no art. 42 da Lei Federal 11.343/06, vê-se que das quatro circunstâncias preponderantes, duas estariam efetivamente maculada já que tinha em depósito para a distribuição pedras de Crack, sendo encontrada na balança de precisão resquício da droga distribuída.

Fácil a constatação da natureza desqualificante da cocaína, seja ela normal, seja na forma de Crack, senão vejamos as conclusões do Grupo Interdisciplinar de Estudos de Álcool e Drogas (GREa), Departamento e Instituto de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em estudo publicado na Revista Brasileira de Psiquiatria sobre as alterações neuropsicológicas da droga:

(...)

Logo, conquanto a quantidade da droga apreendida não conduza a uma desqualificação, a natureza de uma delas por certo põe a cobro a mínima imposição penal desejada.

Por outro lado, a personalidade do réu foi desqualificada na avaliação, tornado patente o fato de que além das circunstâncias judiciais lhe serem desfavoráveis na maioria, ainda estariam maculadas duas das quatro condições preponderantes declinadas no art. 42 da Lei Federal 11.343/06.

Logo, o que resulta da análise empreendida é que contra o réu foram avaliadas negativamente seis das sete condições circunstanciais possíveis, já que a oitava foi declinada como imprópria de análise e duas das quatro condições preponderantes, o que forjaria um contexto circunstancial de uma pena pelo menos pela média imposição, porque nem mesmo a primariedade técnica lhe beneficiaria, vale dizer, próxima aos 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 dias-multa, de modo que o que vejo é que a pena-base aplicada no patamar de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão seria até mesmo leniente.

Neste contexto, não vejo como se possa acatar as razões produzidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela defesa, pedindo escusas aos que pensem de modo contrário.
Diante do exposto, nego provimento ao recurso."

Inicialmente, vê-se que o Juiz de primeiro grau aumentou a reprimenda em 1 (um) ano de reclusão, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, aos antecedentes, à personalidade, à consequências e ao motivo do delito.

Relativamente aos antecedentes, verifica-se que o acusado possui somente um processo com trânsito em julgado, ensejador da agravante da reincidência, consistindo as demais anotações da folha de antecedentes (fls. 17/18) em inquéritos e processos em curso. Se assim o é, não poderia o juiz consignar maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

"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)

Confira-se, inclusive, 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."

Do mesmo modo, pelos motivos já expendidos, a personalidade não pode ser aferida de modo desfavorável, sob idêntico argumento, como objetivou fazer o Magistrado de origem.

Ao que cuido, é imprópria tal consideração. Ora, se é pacífica a compreensão desta Corte no sentido de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre os antecedentes do acusado, o mesmo raciocínio deve ser adotado relativamente à circunstância da personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria. A fundamentação empregada, portanto, deve ser afastada, eis que importa em violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes da Turmas que compõem a Terceira Seção:

"*HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. *ABOLITIO CRIMINIS*. TESE NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. NULIDADE INEXISTENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PROCESSO EM CURSO. PERSONALIDADE DESVIADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a pretensão da Defesa, de reconhecer a atipicidade da conduta em razão da *abolitio criminis*, se a matéria não foi submetida a exame das instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância. A questão não foi arguida nas alegações finais ou nas razões da apelação, sequer em sede de embargos de declaração que poderiam ser opostos contra o acórdão proferido pela Corte estadual.

2. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.

3. Tratando-se de réu preso em flagrante pelo cometimento de delito permanente, não há que falar em nulidade por ausência de mandado judicial. Precedentes.

4. Inquéritos e processos em curso não podem ensejar o aumento da pena base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu. Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido em parte para reduzir a reprimenda imposta ao paciente."

(HC 116.901/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 22.06.2011)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA CONCRETIZADA: 1 ANO, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. INVIÁVEL A MAJORAÇÃO DA PENA-BASE CALCADA EM AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS EM CURSO. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. PECULIARIDADE, CONTUDO, INCAPAZ DE RETROCEDER A PENA AO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE ELEVADA E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO DE GRANDE MONTA (PACIENTE QUE SE VALEU DA CONDIÇÃO DE ADVOGADO PARA APROPRIAR-SE DE R\$147.244,00). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. É possível a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, desde que a decisão seja corretamente fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal, como ocorre na hipótese vertente.

2. É certo que, segundo a jurisprudência pacífica das Cortes superiores, há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados na majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime

3. Todavia, na hipótese, levando-se em consideração os parâmetros delineados no tipo penal em que o paciente foi condenado e tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, sua elevada culpabilidade e prejuízo de grande monta, pois valeu-se da condição de advogado para apropriar-se da quantia de R\$147.244,00, não se revela desproporcional ou imotivada a majoração da pena-base acima do mínimo legal, tal como feita pelo Juízo sentenciante.

4. Apenas em casos de flagrante ilegalidade se pode alterar, por meio de *Habeas Corpus*, a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, especialmente quando se cuida de avaliar apenas sua proporcionalidade. Estabelecer essa proporcionalidade exige certa discricionariedade, que deve, sempre que possível e desde que respeitados os parâmetros e diretrizes legais, ser deixada a cargo das instâncias conhecedoras da prova em profundidade.

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial."

(HC 129.518/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, DJe de 24.08.2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS* . ROUBO AGRAVADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÁ PERSONALIDADE. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. DESCABIMENTO. PACIENTE TECNICAMENTE PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Não pode ser considerada, para caracterização de maus antecedentes, má personalidade ou má conduta social, condenações ainda sem trânsito em julgado, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes deste STJ.

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS. FIXAÇÃO DA SANÇÃO MOTIVADA. MANTENÇA JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O *QUANTUM* DE REPRIMENDA IRROGADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO AO CORRÉU NÃO IMPETRANTE. EXEGESE DO ART. 580 DO CPP.

1. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada pela consideração da presença de algumas circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o *quantum* de pena irrogado, especialmente em se considerando o afastamento da consideração negativa da personalidade de um dos condenados com base em condenações não definitivas.

2. Encontrando-se o corrêu não impetrante em idêntica situação fático-processual, merece estendida, de ofício, a mitigação da reprimenda aqui procedida. Exegese do art. 580 do CPP.

REGIME DE EXECUÇÃO. FECHADO. QUESTÃO NÃO DEBATIDA EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. ALUSÃO À NEGATIVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REINCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO. EXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO PATENTEADO.

1. A questão da ilegalidade na fixação do regime fechado por não ter sido debatida na instância de origem em relação a um dos pacientes, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Tendo a sentença motivado a imposição do regime fechado na desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, e verificando-se ainda que um dos pacientes era reincidente, não há o que se falar em ilegalidade na fixação da forma mais gravosa.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para reduzir a pena dos pacientes, que restam definitivas em 7 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, para GERINALDO, e em 6 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 26 dias-multa, para ARISTON, estendendo-se a decisão, de ofício, nos termos dos arts. 580 e 654, § 2º, do CPP, ao corrêu não impetrante, SÉRGIO RAMOS DOS SANTOS, para estabelecer sua pena em 6 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatidos."

(HC 103.020/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 03.08.2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. PERSONALIDADE VOLTADA PARA PRÁTICA CRIMINOSA. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA OPERADA POR ESTA CORTE. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes). Da mesma forma, não podem ser tomados como elementos negativos da personalidade do agente (Precedentes).

II - Procedido o redimensionamento da aplicação da reprimenda, e, assim, remanescendo apenas uma circunstância judicial desfavorável aos recorrentes - consequências do crime - a pena-base deve ser reduzida.

III - Destarte, tendo como base a nova pena aplicada, descontado o aumento decorrente da continuidade delitiva, há que se declarar a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

IV - Considerando a publicação da sentença condenatória (18/12/2002) como o último marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, e tendo transcorrido, desde então, lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, resta fulminada a pretensão punitiva estatal ex vi dos arts. 107, inciso IV e 109, inciso V, ambos do Código Penal.

Recursos especiais providos para reduzir a pena-base imposta aos recorrentes e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva."

(REsp 930.376/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 03/08/2009)

Quanto à culpabilidade, meramente declinar que é "extremamente reprovável, exigindo-se outra inteiramente diversa" (fl. 24), não constitui fundamentação idônea, visto que a dada circunstância se refere ao grau de reprovabilidade da conduta do acusado. Nesse âmbito, vejam-se estes julgados:

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONDENAÇÕES ANTERIORES NÃO IMPUGNADAS. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ABALO PSICOLÓGICO À VÍTIMA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CULPABILIDADE E MOTIVAÇÃO. CONHECIMENTO DA ILICITUDE DO FATO E OBJETIVO DE LUCRO FÁCIL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAIS DE UMA MAJORANTE. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 443/STJ. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau fixou a pena-base do paciente acima do mínimo legal por considerar desfavoráveis as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, personalidade, motivos e consequências do delito. Para tanto, justificou que o paciente 'tinha consciência da ilicitude de seu ato', registra péssimos antecedentes criminais e objetivou o lucro fácil e imediato, bem como que as vítimas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sofreram abalo psicológico em razão da ameaça sofrida com arma de fogo.

2. As condenações anteriores do paciente por outros delitos, não impugnadas na impetração, configuram os maus antecedentes e justificam o aumento da pena pela valoração negativa da personalidade.

3. No tocante às consequências do crime, não há que falar em *bis in idem*, pois a pena-base foi aumentada não em razão do emprego de arma de fogo, o que serviu como majorante, mas pela forma como se fez tal uso, de maneira cruel, amarrando-se a vítima com fita adesiva e apontando-se a arma para o seu pescoço, engatilhando-a e desengatilhando-a sucessivamente, causando abalo psicológico à vítima.

4. O conhecimento da ilicitude do fato é pressuposto da culpabilidade, não servindo para exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria da pena.

5. O intento de obter lucro fácil é inerente ao próprio tipo penal de roubo, o que inviabiliza seja utilizado para acrescer a pena-base.

6. 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes' (Súmula n.º 443/STJ).

7. *Habeas corpus* parcialmente concedido, inclusive de ofício, para reduzir a reprimenda imposta ao paciente."

(HC 84.179/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010)

"*HABEAS CORPUS*. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS QUE CARACTERIZAM HABITUALIDADE CRIMINOSA. EXTORSÕES MEDIANTE SEQUESTRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. CONCOMITANTE CONDENAÇÃO. *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA. DELITOS AUTÔNOMOS.

1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Entretanto, a utilização de circunstâncias inerentes ao tipo penal para exasperar a reprimenda enseja constrangimento ilegal.

2. No caso, valorou-se negativamente a culpabilidade, porque o paciente seria perfeitamente capaz de entender a ilicitude de seus atos. Ora, não possuíse tal discernimento seria inimputável. Já o lucro fácil é inerente a delitos contra o patrimônio, devendo, assim, afastar-se a valoração desfavorável dos motivos do crime.

3. De acordo com a Súmula n.º 241, 'a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'.

4. Na data dos fatos, pesava contra o paciente somente uma condenação definitiva, sendo, pois, indevida a dupla exasperação.

5. 'O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado' (STF – RHC 93.144/SP, Relator Ministro Menezes de Direito, DJ 9.5.08).

6. Não se pode confundir continuidade delitiva com habitualidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitiva. Vê-se que, no caso presente, vários indivíduos se uniram, de forma estável e duradoura, para a reiterada prática de crimes, não havendo falar em aplicação do benefício.

7. É possível, num mesmo contexto, a concomitante condenação pelos crimes de extorsão mediante sequestro qualificada e formação de quadrilha, pois os delitos são autônomos e independentes.

8. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, afastando da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre o paciente, de 35 (trinta e cinco) anos de reclusão para 30 (trinta) anos e 8 (oito) meses de reclusão; de outro lado, permitir a progressão de regime, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal.

(HC 67.631/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010)

"HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL.

1. Mostra-se desarrazoada a elevação da pena em razão da culpabilidade do agente e dos motivos do crime, na medida em que não houve indicação de razões válidas e suficientes para justificar a consideração das aludidas circunstâncias como desfavoráveis ao réu. Precedentes desta Corte.

2. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica, ser o réu possuidor de potencial consciência da ilicitude.

3. Ademais, o 'lucro fácil', também não tem o condão de ensejar a exasperação da pena-base, pois tal fundamento é inerente a todo crime contra o patrimônio e já foi considerado pelo próprio legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada, não podendo, justamente por isso, ser novamente valorado pelo julgador sob pena de incorrer-se no vedado bis in idem.

4. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal e em se tratando de condenação igual a 1 (um) ano, fica a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, nos termos do § 2º (primeira parte), do referido dispositivo.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão ora hostilizado para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais, pelo prazo da nova pena privativa fixada."

(HC 104.686/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 15/06/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A exordial acusatória assim expôs o delito (fl. 13):

"(...)

Ao procederem às buscas, os policiais arrecadaram, na cozinha do imóvel, sobre a prateleira, dentro de um copo, 01 (um) invólucro plástico contendo substância semelhante a crack e, escondidos no quintal, mais 01 (um) invólucro plástico contendo a mesma substância entorpecente retromencionada e 01 (um) invólucro plástico contendo substância semelhante à maconha (...).

Dando prosseguimento às buscas, os milicianos apreenderam, no interior do guarda-roupas, 01 (uma) balança de precisão contendo resíduos de substância semelhante à cocaína e, sobre a cômoda do quarto do casal, a quantia de R\$ 37,00 (trinta e sete reais) em espécie, proveniente da mercancia ilícita e 02 (dois) aparelhos celulares, sendo um da marca Motorola e o outro da marca Siemens, ambos com bateria e chip da operadora Oi, utilizados para perpetrar o tráfico de drogas (...).

Ao ser indagada pelos milicianos, a testemunha Luciana confirmou que o denunciado Marlon pratica o tráfico de drogas no Beco Ravina, próximo à residência de ambos.

(...)"

Da atenta leitura da denúncia, verifica-se que o relatado não foge ao habitual da prática do delito em questão, devendo, pois, o acréscimo pela culpabilidade ser expurgado do *quantum* da pena-base.

Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que são "foram graves para a saúde pública" (fl. 24). Com efeito, não se declinou elementos concretos presentes nos autos. Deve-se, pois, afastar esse gravame da pena-base pelo exame genérico feito. Nesse sentido, confira-se este precedente:

"CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME NEGATIVAMENTE VALORADAS SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. PENA AUMENTADA EM RAZÃO DO EMPREGO DE ARMA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I. Hipótese em que o paciente foi condenado à pena de 06 e 08 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito de roubo qualificado.

II. Aspectos consignados pelo Julgador monocrático que não evidenciam a maior culpabilidade do réu, suficiente para a majoração da pena-base acima do mínimo previsto em lei, eis que a consciência da ilicitude da conduta é própria do tipo penal, qual seja, roubo qualificado.

III. A simples referência às circunstâncias e consequências do crime, sem qualquer fundamentação concreta, não autoriza a exasperação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base.

IV. A exasperação da pena-base com esteio nos maus antecedentes do réu, não podendo a pena-base ser fixada no mínimo legal.

V. Não há que se falar em *bis in idem*, pois a sanção restou aumentada em 1/3 em razão do emprego de arma de fogo, com esteio no art. 157, § 1º, inciso I, do Estatuto Repressor, não tendo incidido à espécie a agravante genérica da reincidência.

VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida, com nova e motivada fixação da pena, em observância ao sistema trifásico, mantida a condenação do paciente.

VII. Ordem concedida em parte, nos termos do voto do Relator."

(HC 75.523/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 29/06/2007 p. 683)

Com relação ao motivo do crime, o Juízo *a quo* considerou-o como desfavorável, salientando que o acusado "visava somente o ganho fácil" (fl. 24). Porém, a mercancia pressupõe o fornecimento de algo, tendo como contrapartida um pagamento. Assim, a venda de drogas busca o lucro decorrente do famigerado negócio. Desse modo, nos termos em que considerado, o motivo do delito confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra. Eis o entendimento desta Corte:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTARES DO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REPRIMENDA REDUZIDA.

1. A tão-somente indicação de que a ré buscou o lucro fácil não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria, no referente ao narcotráfico, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

(...)

2. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido tão somente para reduzir a pena-base para o mínimo legalmente previsto, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício para reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, restando a pena da paciente definitiva em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado."

(HC 139.535/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

"PROCESSO E DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL. (1) PARCELAMENTO. NÃO ABRANGÊNCIA DE TODO O CRÉDITO EM QUESTÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. (2) DOSIMETRIA. PENA BASE. REFERÊNCIA A ELEMENTARES. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO.

1. Para que se reconheça a extinção da punibilidade em razão do parcelamento do débito tributário é indispensável que a providência envolva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todo o crédito tributário, mormente quando iniciado o pagamento é ele, posteriormente, inadimplido.

2. A dosimetria da reprimenda é operação lógica que se estrutura atendendo aos parâmetros constitucionais da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais. Não se justifica a exasperação da resposta penal calcada em elementares típicas.

3. Ordem concedida para, preservada a condenação, reduzir a pena corporal para dois anos, dez meses e vinte dias de reclusão, mantida no mais o aresto guerreado."

(HC 130.428/GO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 08/09/2009)

Por fim, em análise ao dito pelo Magistrado de primeiro grau, no tocante à "diversidade das drogas apreendidas" (fl. 24), verifico que, na espécie, arrola o juiz elemento concreto dos autos, retirado do delito em apreço, para dar supedâneo à sua consideração desfavorável, motivando, pois, a majoração da pena-base nesse aspecto.

Dessarte, deve-se proceder ao reparo na dosimetria da pena. Assim, afastadas as circunstâncias judiciais supramencionadas, somente persistindo a "diversidade das drogas apreendidas" (fl. 24), reduzo o *quantum* da pena-base para 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 520 (quinhentos e vinte) dias-multa. Mantenho o acréscimo da reprimenda em 9 (nove) meses e 75 (setenta e cinco) dias-multa, em decorrência da agravante da reincidência, tornando-a em 5 (cinco) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e pagamento de 595 (quinhentos e noventa e cinco) dias-multa, no valor unitário do ínfimo previsto em lei. Conservo o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, em especial por ser o paciente reincidente.

Ante o exposto, **concedo em parte a ordem** a fim de reduzir a pena imposta a MARLON LÚCIO DIAS DE FREITAS, nos autos da Ação Penal n.º 024.08.149607-7, da 3.ª Vara Criminal de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte/MG, para 5 (cinco) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 595 (quinhentos e noventa e cinco) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal. Mantenho o regime inicial fixado na origem.

Comunique-se ao ilustre Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do HC n.º 109.588/MG, acerca do julgamento proferido na presente impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0099219-1

HC 174.760 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024081496077 24081496077

EM MESA

JULGADO: 01/09/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADA : JÚNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARLON LÚCIO DIAS DE FREITAS

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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