



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.523 - RS (2009/0133429-2)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO PUPERI E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JÚLIO CÉSAR DE OLIVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o magistrado singular exasperou a pena-base sem motivação idônea. A assertiva de que o réu, ora paciente, "possui conduta social reprovável" mostra-se vaga e abstrata, já que não se ampara em dados concretos. Dessa forma, diante da ausência de fundamentação, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal.
2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.
3. No caso em exame, verifica-se que o fato delituoso que culminou na condenação do paciente é anterior à Lei 11.464/07. Portanto, em observância ao princípio da irretroatividade *in pejus*, a aplicação de lei penal posterior só deve ocorrer quando for em benefício do réu.
4. Tratando-se de réu reincidente e reconhecidas todas as circunstâncias judiciais como favoráveis, a pena deverá ser cumprida em regime inicial semiaberto, a teor do que dispõe o enunciado sumular 269 do STJ.
5. Ordem concedida para fixar a pena do paciente em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto, e pecuniária mínima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 23 de março de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.523 - RS (2009/0133429-2)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO PUPERI E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JÚLIO CÉSAR DE OLIVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JÚLIO CÉSAR DE OLIVEIRA DOS SANTOS, condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei 6.368/76, impugnando acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que denegou a ordem originariamente impetrada, nos termos sintetizados na seguinte ementa, *litteris* (fl. 529):

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE TÓXICOS (TRÁFICO). APELO DEFENSIVO.

É de se ponderar que o tipo penal descrito no artigo 12 da Lei n.º 6.368/76, descreve crime de ação múltipla, sendo que o fato de trazer consigo a substância entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, por si só, já tipifica o delito, por ser um dos verbos nucleares previstos no referido dispositivo legal.

O fato do acusado ter empreendido fuga do local, e levando consigo outra quantidade de droga, por si só já demonstra a sua responsabilidade no fato penal, pois, se de fato não tivesse nada de errado ocorrendo, não teria motivos para fugir.

Por fim, quanto à alegação defensiva de que a droga apreendida não era de propriedade do réu, tenho que restou contrariada pelo depoimento dos policiais militares, os quais, em juízo disseram que sabiam que o réu era o 'traficante' ou 'cabeça da área', o que por si só demonstra que de fato a droga era de propriedade do acusado.

Insurgindo-se contra a dosimetria da pena e o regime carcerário fixado, requerem os impetrantes, em suma, seja concedida a ordem para (fl. 20):

"a) Aplicar a pena-base no patamar mínimo de 03 (três) anos, tendo em vista que na análise das circunstâncias judiciais foram consideradas apenas dados genéricos ligados ao tipo penal abstratamente concebido;

b) Afastar a redação do art. 11.343/2007 por consistir em lei nova prejudicial ao réu, fixando-se o regime do artigo 33 do Código Penal conforme a pena aplicada.

O pedido de liminar foi indeferido pela Presidência desta Corte (fls. 545/546).

As informações solicitadas foram prestadas pela autoridade apontada como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coatora (fls. 553/555) e vieram acompanhadas da documentação necessária à instrução do *writ*.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS, opinou pela concessão da ordem (fls. 78/81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.523 - RS (2009/0133429-2)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o magistrado singular exasperou a pena-base sem motivação idônea. A assertiva de que o réu, ora paciente, "possui conduta social reprovável" mostra-se vaga e abstrata, já que não se ampara em dados concretos. Dessa forma, diante da ausência de fundamentação, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal.

2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.

3. No caso em exame, verifica-se que o fato delituoso que culminou na condenação do paciente é anterior à Lei 11.464/07. Portanto, em observância ao princípio da irretroatividade *in pejus*, a aplicação de lei penal posterior só deve ocorrer quando for em benefício do réu.

4. Tratando-se de réu reincidente e reconhecidas todas as circunstâncias judiciais como favoráveis, a pena deverá ser cumprida em regime inicial semiaberto, a teor do que dispõe o enunciado sumular 269 do STJ.

5. Ordem concedida para fixar a pena do paciente em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto, e pecuniária mínima.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Como cediço, o *habeas corpus*, via de regra, constitui-se em meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena fixada, visto que não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos.

Contudo, na hipótese, logrou o impetrante êxito em demonstrar inequívoca ofensa aos critérios legais (art. 59 do Código Penal), que regem a dosimetria da resposta penal. Não se trata, aqui, de reavaliar a justiça da decisão, mas sim de ilegalidade decorrente da ausência de fundamentação e flagrante erro de técnica emanado da sentença.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Viamão/RS, ao fixar para o ora paciente a pena em 4 anos e 6 meses de reclusão, consignou na sentença (fl. 434):

Passo a dosar a pena:

Reprovável sua conduta, que pode ser avaliada em grau acima do mínimo, eis que lhe era exigido um comportamento diverso. A personalidade é voltada para a senda criminosa, conduta social abonada por testemunhas. Os motivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime são os comuns à espécie, ou seja, obtenção de vantagem pecuniária fácil. As circunstâncias não apresentam particularidades. As consequências são também peculiares as do delito, atingindo a saúde pública, desagregando famílias e gerando toda a espécie de violência característica. Prejudicado o exame de comportamento da vítima. O réu possui condenação com trânsito em julgado em data anterior a do fato pela prática do mesmo fato, caracterizando a qualificadora da reincidência, que deverá ser valorada na segunda fase da dosimetria da pena.

Diante disso, fixo a pena base em 4 (quatro) anos de reclusão.

Presente agravante da reincidência, aumento a pena em 06 (seis) meses, restando definitiva em 04 anos e 06 meses de reclusão, ante ausência de outras causas modificadoras.

Considerando as condições econômicas do réu e as circunstâncias judiciais já analisadas, fixo a pena de multa em 60 (sessenta) dias-multa, a razão de um trigésimo do salário mínimo mensal vigente na data do fato o dia-multa, devidamente corrigido por ocasião do pagamento.

O regime inicial para cumprimento da pena será o fechado, nos termos do artigo 2º da Lei 8072/90, alterado pela Lei 11464 de 28 de março de 2007.

Depreende-se do exposto que o magistrado singular, na primeira fase de fixação da reprimenda, fixou a pena-base em 4 anos de reclusão, ou seja, 1 ano acima do mínimo legal, sem motivação idônea, uma vez que a mera assertiva de que a conduta do réu é reprovável, podendo "ser avaliada acima do mínimo, eis que lhe era exigido um comportamento diverso. A personalidade é voltada para a senda criminosa" não se mostra suficiente para amparar a majoração da reprimenda. Com efeito, trata-se de afirmação vaga e abstrata, que não faz remissão a nenhum dado concreto.

Ademais, a exigibilidade de conduta diversa é um dos pressupostos da culpabilidade elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais especificadas no art. 59 do Código Penal, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.

Por oportuno, vale conferir, no mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

CRIMINAL. HC. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS SUBSUMIDAS AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Não prevalece, como motivação idônea para majorar a pena-base, as circunstâncias subsumidas no próprio tipo penal imputado ao paciente.

II. Em atenção ao princípio da presunção da inocência, não podem ser considerados como maus antecedentes as ações penais em andamento.

III. Reconhece-se a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, sendo, contudo, indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

IV. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outra seja proferida com nova e motivada fixação da pena, observando-se as circunstâncias judiciais previstas em lei.

V. Ordem concedida. (HC 50.758/PB, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 13/3/06)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CP. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA. NULIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. A fixação da pena-base do paciente, acima do mínimo legal, foi manifestamente desproporcional aos fundamentos apresentados pelo julgador, os quais não se apresentaram adequados para justificar tamanha exasperação.

3. Na hipótese, a majoração da pena foi realizada tão-somente em razão do reconhecimento das circunstâncias do crime como desfavoráveis, as quais não foram, sequer, devidamente demonstradas e motivadas pelo juízo sentenciante.

4. Ordem concedida para anular o acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau, na parte relativa à dosimetria da pena, determinando que outra seja prolatada, de forma devidamente fundamentada e com a observância das formalidades legais previstas no art. 59, do Código Penal. (HC 46.759/DF, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 20/3/06)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE IMPRENSA. ART. 21 DA LEI 5.250/67. INÉPCIA DA QUEIXA-CRIME. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE O PEDIDO INICIAL E A SENTENÇA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. INADMISSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

.....
.....

3. Na esteira dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a motivação para exasperação da pena-base e para negativa de substituição da pena privativa de liberdade deve estar apoiada em fatos concretos, não sendo suficiente fundamentação genérica, baseada unicamente em circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, como a consideração, no caso, de que a culpabilidade foi intensa porque feriu a honra objetiva das querelantes.

4. Circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao réu com base em dados inerentes ao próprio tipo penal, sem os quais a conduta seria considerada atípica, não servem como fundamento idôneo para elevar a pena-base acima do mínimo legal ou para negar a substituição prevista no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida para anular a sentença condenatória,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas na parte referente à dosimetria da pena, a fim de que, sem prejuízo da condenação, outra seja elaborada, afastado o aumento da pena-base e a negativa de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela motivação utilizada, inserida no próprio tipo penal. (HC 43.857/GO, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 10/4/06)

Nesse contexto, obedecidas as diretrizes fixadas pela sentença, reestruturo a pena que passa ser a seguinte: pena base fixada no mínimo legal, qual seja, 3 anos de reclusão, acrescida em 6 meses, em razão da reincidência, totalizando 3 anos e 6 meses de reclusão.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, de fato, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, remetendo, assim, para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos.

Destarte, como a Lei 11.464/07 é posterior ao fato delituoso que culminou na condenação da paciente e em observância ao princípio da irretroatividade *in pejus*, sua aplicação, ao caso concreto, não se mostra apropriada. Nesse sentido: HC 66.604/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJ de 10/9/07; HC 84.793/MS, Rel. Min. JANE SILVA, Desembargadora Convocada, Quinta Turma, DJ de 17/9/07.

Destarte, consoante entendimento consolidado na Súmula 269 desta Corte, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Na hipótese, sendo o réu, ora paciente, reincidente e reconhecidas todas as circunstâncias judiciais como favoráveis, a pena deverá ser cumprida em regime inicial semiaberto, a teor do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Pelas mesmas razões, a pena de multa deve ser reduzida para o mínimo legal.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação acima, **concedo** a ordem para fixar a pena do paciente em 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e pecuniária mínima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0133429-2

HC 141523 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20600031282 3920600031282 70014940886 70018607747 70027630912

EM MESA

JULGADO: 23/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO PUPERI E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : JÚLIO CÉSAR DE OLIVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de março de 2010

LAURO ROCHA REIS

Secretário