



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 143.698 - MS (2009/0148659-4)**

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : NADIR DE SOUZA MARTINS (PRESA)
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, E ART. 40, INCISO V, AMBOS DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE APENAS EM RELAÇÃO A UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PERCENTUAL MÍNIMO.

I - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (**HC** nº 39.030/SP, 5ª **Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

II - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (**Precedentes do STF e STJ**).

III - Na hipótese, verifica-se que a r. decisão objurgada carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão **da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime**.

IV- Ora, 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 do Pretório Excelso e do STJ**).

V - Ademais, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VI - Lado outro, há fundamentação concreta para elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange às conseqüências do crime. Com efeito, ficou consignado que a quantidade de droga apreendida não foi pequena, sendo de se ressaltar que o art. 42, da Lei 11.343/2006, estabelece que tal fator deve ser considerado com preponderância na fixação da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII - Assim, sendo desfavorável uma circunstância judicial do art. 59 do CP, a pena-base não poderá ser fixada no mínimo legal.

VIII - Por fim, afastada a consideração de processos em curso como maus antecedentes e preenchendo a paciente os demais requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, deve ser reduzida sua pena, porém, no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida.

Habeas corpus parcialmente concedido.

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de março de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.698 - MS (2009/0148659-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de NADIR DE SOUZA MARTINS, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, na apelação criminal nº 2008.020257-4.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, **caput**, e art. 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/2006, à pena de **07 (sete) anos de reclusão**, em regime fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. O recurso foi desprovido pelo e. Tribunal **a quo** em v. acórdão assim ementado:

"ANTECEDENTES – DEMONSTRAÇÃO DA VIDA DO APENADO A SER CONSIDERADA SUBJETIVAMENTE PELO SENTENCIANTE – PROVIMENTO NEGADO.

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime pelo magistrado, que pode utilizar tais antecedentes criminais, ainda que não transitados em julgado, como informações a subsidiar a apreciação das circunstâncias judiciais prescritas no art. 59 do Código Penal, e autorizar a majoração da pena-base acima do mínimo previsto, como forma suficiente de prevenção e repressão do tipo delitivo praticado.

A presença de antecedentes criminais impede a concessão do benefício do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas." (fl. 129)

Interpostos embargos infringentes, que também foram desprovidos. Eis a ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – TRÁFICO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – MAUS ANTECEDENTES – COMPORTAMENTO SOCIAL DESAJUSTADO – RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – NÃO PROVIMENTO.

Àquele que, à época dos fatos, respondia a outra ação penal, é de rigor a exasperação da pena-base, haja vista a caracterização dos maus antecedentes e da conduta social desajustada.

Na dosimetria da pena-base quanto ao crime de tráfico, além das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, deve ser considerada a quantidade da droga apreendida com o réu, segundo determina o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Embargos infringentes defensivos aos quais se nega provimento, com fulcro na prova dos autos e na correta fixação da pena pelo juízo a quo e pelo acórdão embargado."

Daí o presente **mandamus** no qual sustenta o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção. Alega, para tanto, que a pena-base foi majorada em **quantum** indevido, considerando o magistrado indevidamente ação penal em curso como maus antecedentes. Requer, assim: **a)** a redução da pena e **b)** a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se, às fls. 136/141, pela **concessão da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.698 - MS (2009/0148659-4)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, E ART. 40, INCISO V, AMBOS DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE APENAS EM RELAÇÃO A UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PERCENTUAL MÍNIMO.

I - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (**HC** nº 39.030/SP, 5ª **Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

II - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (**Precedentes do STF e STJ**).

III - Na hipótese, verifica-se que a r. decisão objurgada carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão **da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime**.

IV- Ora, 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 do Pretório Excelso e do STJ**).

V - Ademais, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VI - Lado outro, há fundamentação concreta para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange às consequências do crime. Com efeito, ficou consignado que a quantidade de droga apreendida não foi pequena, sendo de se ressaltar que o art. 42, da Lei 11.343/2006, estabelece que tal fator deve ser considerado com preponderância na fixação da pena.

VII - Assim, sendo desfavorável uma circunstância judicial do art. 59 do CP, a pena-base não poderá ser fixada no mínimo legal.

VIII - Por fim, afastada a consideração de processos em curso como maus antecedentes e preenchendo a paciente os demais requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, deve ser reduzida sua pena, porém, no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida.

Habeas corpus parcialmente concedido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente **writ** o impetrante pede: **a)** a redução da pena ao mínimo legal e **b)** a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Quanto ao **tópico "a"** a súplica comporta parcial acolhida.

O magistrado de primeiro grau fixou a pena sob a seguinte argumentação, **verbis:**

"Atendo ao art. 59 do CP, passo à análise das circunstâncias judiciais e fixação da pena.

A culpabilidade é intensa, pois a ré se manteve firme no propósito de realizar a ação de tráfico, que sabia ser criminosa. Seus antecedentes não são bons, conforme certidão nos autos. A conduta social deve ser interpretada desajustada, eis que se aproximou de pessoas ligadas ao narcotráfico. A personalidade da ré é desajustada, inclinada à ações criminosas. Os motivos do crime estão ligados à busca pelo lucro fácil e à falta de melhores condições sociais e culturais. As circunstâncias são desfavoráveis, em vista do recurso utilizado para ocultar a droga, escondida em travesseiro. As consequências do crime são próprias dos delitos contra a saúde público, não sendo pouca a quantidade de cocaína em poder da ré (quase um quilo de cocaína).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em vista dessas circunstâncias, que em maioria são desfavoráveis, fixo a ré a pena base acima do mínimo legal, em sete (07) anos de reclusão, e multa de setecentos e (700) dias-multa, estabelecido o valor do dia-multa em um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente na época do fato, considerando a situação econômica da ré, que é precária.

A seguir, passo a análise das circunstâncias atenuantes e agravantes (art. 68 do CP).

Não incidem circunstâncias agravantes, porém deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, que levo em conta para reduzir a pena em 01 (um) anos de reclusão e multa de cem (100) dias-multa.

Em terceira fase da fixação da pena, verifico que incide a causa especial de aumento de pena do art. 40, inciso V, da lei 11.343/06, uma vez que a atividade de tráfico era interestadual. A droga foi recebida em Cáceres - MT e seria levada para Curitiba - PR. No caso, foi vencido o limite de dois Estados (MT e MS), além do que o destino da viagem não é negado pela ré e vem estampado no bilhete de passagem de fls. 27.

Por esse motivo, aumento a pena já estabelecida em um sexto (1/6), que corresponde a um (01) ano de reclusão e multa, de cem (100) dias-multa.

Deixo de acolher a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2.006, haja vista que a ré não comprovou ocupação lícita e há evidência de que estava relacionada com pessoas ligadas à atividades criminosas" (fls. 70/71).

O Tribunal de origem, por maioria, manteve a dosimetria nos seguintes termos:

"Em que pesem os argumentos do ilustre relator, divirjo de seu voto, explico:

*Primeiramente é importante consignar que, sobre os antecedentes criminais, filio-me à doutrina de Nelson Hungria que afirma que "...antecedentes são todos os fatos ou episódios da **vida** do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime...", de maneira que o magistrado sentenciante, na fase processual do art. 59 do código penal, através do poder discricionário que lhe é peculiar, pode analisar a vida pregressa do embargante através dos antecedentes criminais, tenham eles transitado em julgado ou não, atendendo ao princípio da individualização da pena.*

No caso em pauta, verifico às fl 92-93 e 111-114 que a apelante possui vários antecedentes criminais, o que impede a concessão do benefício previsto no §4º da lei 11.343/06 e ao mesmo tempo, nos termos do art. 59 do CP, autoriza a majoração da pena acima do mínimo previsto.

No mesmo sentido é a decisão da seção criminal desse sodalício, nos embargos infringentes 2007.023955-4/0001, julgado em 02.06.2008, de minha lavra, da qual o ilustre relator se manifestou acompanhando, veja-se:

E M E N T A – EMBARGOS INFRINGENTES EM – ANTECEDENTES –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÂNSITO EM JULGADO – DESNECESSIDADE – DEMONSTRAÇÃO DA VIDA DO APENADO A SER CONSIDERADA SUBJETIVAMENTE PELO SENTENCIANTE – EMBARGOS IMPROVIDOS.

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime pelo magistrado, que pode utilizar tais antecedentes criminais, ainda que não transitados em julgado, como informações a subsidiar a apreciação das circunstâncias judiciais prescritas no art. 59 do código penal e autorizar a majoração da pena-base acima do mínimo previsto, como forma suficiente de prevenção e repressão do tipo delitivo praticado.^[1]

Ante ao exposto, divirjo do ilustre relator para negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão lançada." (fls. 91/92)

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

Destarte, de uma leitura do excerto acima transcrito, entendo que houve violação ao **art. 59 do Código Penal**, uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta** e **vinculada**. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, 2ª parte da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**.

É orientação do **Pretório Excelso**, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A SEIS MESES DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DE LESÃO CORPORAL. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO À MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E DE FALTA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE O BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA REPRIMENDA (CP, ART. 77). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fixação da pena-base acima de seu mínimo legal deve apoiar-se em elementos concretos, objetivamente demonstrados, que justifiquem a exasperação, não se mostrando suficiente, para tal fim, a simples referência ao texto genérico da lei (CP, art. 59).

Neste panorama e não sendo possível aferir, nem mesmo a partir de uma análise global da motivação, os elementos considerados pelo julgador quando da majoração do castigo, é de se deferir a ordem de habeas corpus, fixando-se a pena em seu mínimo legal, eis que os elementos dos autos autorizam que se tome, desde logo, esta medida.

Não tendo ocorrido provocação formal da autoridade coatora, a respeito da concessão do sursis (CP, art. 77), não pode o Supremo Tribunal Federal apreciar a questão, pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus parcialmente deferido.

(HC 85033/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 27/05/2005).

"Habeas corpus". Falta de fundamentação para a fixação da pena acima do mínimo. "Habeas corpus" concedido em parte para que, mantida a conclusão condenatória, voltem os autos da ação penal à primeira instância, a fim de que, fundamentadamente, se fixe a pena a ser aplicada ao paciente."

(HC 82796/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 13/06/2003).

"Individualização da pena: motivação: inidoneidade. Não se prestam a motivar a exacerbação da pena-base nem circunstâncias elementares do tipo, nem a opinião do Juiz sobre o desvalor em abstrato da figura penal."

(HC 79949/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 04/08/2000).

E ainda: STF, HC 69419/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 28/08/92, p. 13.455; STF, HC 70250/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 03/09/93, p. 17.744; STF, HC 69141/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28/08/92, p. 13.453; STF - HC 69334/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 04/09/92 etc.

Na mesma linha tem decidido esta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CULPABILIDADE. PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal deve estar apoiada em elementos concretos que permitam a valoração negativa de, ao menos, alguma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

2. Considerações vagas, desvinculadas de dados concretos, a respeito da culpabilidade e da personalidade do agente são insuficientes para justificar a elevação da pena além do mínimo legal.

3. Somente devem ser consideradas como maus antecedentes criminais condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configuram reincidência. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas.

4. A ausência de proporcionalidade entre a fundamentação e a reprimenda imposta implica constrangimento ilegal sanável pela via eleita, porquanto, da mera leitura dos autos, verifica-se inequívoca ofensa aos critérios legais (art. 59 do Código Penal) que regem a dosimetria da resposta penal.

5. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença impugnados no tocante à dosimetria da pena e, assim, redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, bem como determinar ao Juízo das Execuções Penais que aplique a pena restritiva de direitos e imponha as condições de seu cumprimento, como de direito".

(HC 65968/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 12/03/2007).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12, § 1º, II, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICO). SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME. PROGRESSÃO. POSSIBILIDADE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados. (**Precedentes**).

II - 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**).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

Writ concedido.

Habeas corpus concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime."

(HC 64663/RJ, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 26/02/2007).

"PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS CONCRETOS NÃO-APONTADOS. ART. 59 E 68 CP. MÉTODO TRIFÁSICO. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

Ao fixar a pena, mister a observância, pelo magistrado, do procedimento estabelecido no art. 59 e art. 68 do Código Penal, em consonância com os dispositivos constitucionais, mormente a garantia fundamental insculpida no art. 93, IX da Carta Política, que estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

O édito constritivo de liberdade deve ser concretamente fundamentado, com a exposição dos elementos reais e justificadores de que a pena-base aplicada no mínimo legal se mostra insuficiente ante os fatos expostos no processo.

A reincidência é circunstância agravante que deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, e não na pena-base.

O quantum referente à aplicação de causa de aumento de pena - associação eventual para o tráfico - deve vir explicitado e embasado, sob pena de nulidade.

Ordem concedida."

(HC 33200/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Paulo Medina**, DJU de 26/02/2007).

"CRIMINAL. **HC**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DA PENA. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE COMUM A TODOS. NULIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I. A análise genérica das circunstâncias judiciais, englobando todos os acusados no mesmo contexto, torna insanável o vício na aplicação da pena, mormente no caso dos autos, em que a pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi fixada em patamar superior ao mínimo legal.

II. A individualização da reprimenda exige a aferição aprofundada da conduta praticada e das condições pessoais de cada um dos acusados, pautando-se pela análise individualizada das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

III. Deve ser cassado o acórdão atacado, bem como a sentença proferida pelo Juiz monocrático, apenas na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida, com nova e adequada fundamentação no que diz respeito à pena-base.

IV. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC 53539/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 05/02/2007).

Na hipótese, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão **da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivo e circunstâncias do crime.**

Enfatizo que, com relação à culpabilidade, foi utilizado o fundamento de que a mesma *"é intensa, pois a ré se manteve firme no propósito de realizar a ação de tráfico, que sabia ser criminosa"* (fl. 70). Ora, tal fundamento revela-se genérico, desprovido de qualquer elemento concreto que, na hipótese, demonstre uma maior reprovação da conduta perpetrada, normal ao tipo.

Quanto aos **antecedentes**, verifica-se que o acórdão objurgado considerou processos em curso em desfavor do apenado para elevar a reprimenda, em franca dissonância com o entendimento pacífico desta Corte no sentido de que, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser valorados negativamente como maus antecedentes para exacerbação da pena-base. Nesse sentido, os seguintes precedentes do **Pretório Excelso**:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGADA NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA.

Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base.

Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais.”

(RHC 83493/PR, 1ª Turma, Rel. p/Acórdão Min. Carlos Britto, DJU de 13/02/2004).

“HABEAS CORPUS - INJUSTIFICADA EXACERBAÇÃO DA PENA COM BASE NA MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIIS AINDA EM CURSO - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRECORRÍVEL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE.

- O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes.”

(STF - HC 79966/SP, 2ª Turma, Rel. p/Acórdão Min. Celso de Mello, DJU de 29/08/2003).

A conduta social foi interpretada desajustada, eis que a paciente se aproximou de pessoas ligadas ao narcotráfico. Tal ilação, além de ser genérica e comum ao tipo, em nada retrata o papel da paciente na comunidade, inserida no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, não sendo idônea para supedanear a elevação da pena.

A **personalidade do agente**, por sua vez, foi considerada desajustada. Ora, é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo - não sendo, portanto, expert) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável.

Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade da paciente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (REsp 745530/RS, 5ª **Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/06/2006 e REsp 732857/RS, 5ª **Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/12/2005).

Os motivos e circunstâncias do crime também são normais ao tipo. Ora, o interesse de lucro fácil é o precedente que sempre leva o agente à ação criminosa do tráfico. E, o fato da paciente ter ocultado a droga em travesseiro não denota maior ousadia ou periculosidade, diferindo para pior a conduta perpetrada.

Por outro lado, a pena-base não pode ser reduzida ao mínimo legal, como pretende o impetrante, pois foi trazida fundamentação concreta para majorá-la no que tange à quantidade de droga apreendida. Com efeito, ficou consignado que a quantidade de droga apreendida não foi pouca (fl. 70). Assim, quanto à esta circunstância não há que se falar em ausência de motivação concreta para a exasperação da pena.

Desse modo, conclui-se que não existem argumentos suficientes aptos a justificarem, no caso, a fixação da pena-base no patamar indicado com base **na culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime**. Entretanto, também não há como conceder a ordem postulada, redimensionando a pena-base para o mínimo legal, eis que esta ainda deve permanecer um pouco elevada em razão **da quantidade de droga apreendida**.

Data venia, a nulidade é manifesta, absoluta, motivo pelo qual, redimensiono a pena-base para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, reduzindo-a ao mínimo legal, 05 (anos) de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em face da atenuante da confissão espontânea, reconhecida pelo magistrado singular. Mantenho o o aumento de 1/6 (um sexto), face a incidência do art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/2006, restando a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, que deixo de tornar definitiva tendo em vista o próximo tópico.

Quanto ao **tópico "b"** a irresignação prospera.

No caso em análise o Tribunal de origem consignou que:

"No caso em pauta, verifico às fl 92-93 e 111-114 que a apelante possui vários antecedentes criminais, o que impede a concessão do benefício previsto no §4º da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lei 11.343/06 e ao mesmo tempo, nos termos do art. 59 do CP, autoriza a majoração da pena acima do mínimo previsto." (fl. 91)

Ora, o único argumento deduzido para negar a aplicação da minorante legal foi afastado no tópico anterior, pois, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser valorados como maus antecedentes.

Assim, tenho que, na hipótese, estão presentes os requisitos para a aplicação da minorante. A paciente é primária, não possui antecedentes. Não há no acórdão vergastado notícia de que se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa.

Entretanto, face à quantidade de droga apreendida (quase um quilo de cocaína) tenho que a minorante mencionada deve ser aplicada no percentual de 1/6 (um sexto).

Com efeito, esta Corte vem decidindo que a expressiva quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (**HC 113759/DF**, **HC 93680/SP** e **HC 92057/SP**), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

Destaco, outrossim, que o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes para a fixação da reprimenda.

Assim, na terceira fase da dosimetria da pena, aplico a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 1/6 (um sexto), restando a pena, ao final, fixada em **04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, mais pagamento de **486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa**.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** para redimensionar a pena nos termos delineados no voto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0148659-4
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 17070044780 20080202574

HC 143698 / MS

EM MESA

JULGADO: 02/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : NADIR DE SOUZA MARTINS (PRESA)
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Brasília, 02 de março de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário