



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.366 - ES (2009/0038829-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JONY MACEDO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. "GRAVÍSSIMA". CONDUTA DELITIVA QUE NÃO FOGE AO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 444/STJ. PERSONALIDADE. VOLTADA AO COMETIMENTO DE DELITOS. REMISSÃO A FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPROPRIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E INADEQUADA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. "PREJUDICIAIS E DANOSAS". AUSÊNCIA DE CONCRETUDE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. A fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas. Mencionar que a culpabilidade "ressoa gravíssima" não constitui fundamentação idônea, visto que o grau de reprovabilidade da conduta do acusado não passou do habitual ao crime em comento.
2. Não é viável incrementar-se a pena-base com fulcro na circunstância judicial maus antecedentes amparando-se na pendência de processos sem trânsito em julgado, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Inteligência da Súmula n.º 444/STJ.
3. Feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a circunstância 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.
4. As circunstâncias do delito não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não foram arrolados elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, que pudessem ser considerados como negativos.
5. Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que são "prejudiciais e danosas", devendo, pois, ser expurgado o acréscimo decorrente do exame genérico feito pelo julgador.
6. Concluído pelo Tribunal *a quo* que o paciente integrava organização criminosa, não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

7. Ordem parcialmente concedida para, nos autos da Ação Penal nº 048.070.057.020, afastar a exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes, e, de ofício, para afastar as demais circunstâncias judiciais, reduzindo a reprimenda imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão.

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, inclusive de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 16 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.366 - ES (2009/0038829-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JONY MACEDO DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de JONY MACEDO DA SILVA, apontando como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n.º 48070057020).

Narra o impetrante que o paciente foi condenado à pena de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito descrito no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, em virtude "da caracterização equivocada dos maus antecedentes". Contudo o Tribunal *a quo*, à unanimidade, negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. REDUÇÃO PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA, ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Se o magistrado de piso, ao dosar a pena, embora agindo com discricionariedade, observou todos os critérios exigidos pela lei, não há que se reduzir o *quantum* da pena imposta.

2. Não estando presentes nos autos os requisitos autorizativos da incidência da causa de diminuição de pena específica, impossível sua aplicação ao caso em tela.

3. Recurso a que se nega provimento. (fl. 22).

Alega o impetrante que o juiz, ao concluir que o paciente possui maus antecedentes, não apontou nos autos a prova que o levou a afirmar que constavam registros de outros processos. Aduz que o Tribunal de origem ainda argumentou que já havia mandado de prisão expedido em desfavor do paciente, entretanto, o referido ato diz respeito ao corrêu, tendo o paciente, dessa forma, sido julgado como base em documentos pertencentes a outra pessoa.

Defende que não há nos autos informações suficientes para a caracterização dos maus antecedentes, tendo em vista que não há registro de sentenças condenatórias transitadas em julgado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma que é imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, por se tratar de dispositivo benéfico ao paciente e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal. Destaca, ademais, que é primário, sem antecedentes e que "não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa".

Requer a reforma da sentença, afastando a exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes e aplicando a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Foram prestadas informações às fls. 35/155.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela parcial concessão da ordem, "para reduzir a pena imposta ao paciente para seu patamar mínimo, 5 anos de reclusão" (fl. 162).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.366 - ES (2009/0038829-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. "GRAVÍSSIMA". CONDOTA DELITIVA QUE NÃO FOGE AO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 444/STJ PERSONALIDADE. VOLTADA AO COMETIMENTO DE DELITOS. REMISSÃO A FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPROPRIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E INADEQUADA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. "PREJUDICIAIS E DANOSAS". AUSÊNCIA DE CONCRETUDE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. A fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas. Mencionar que a culpabilidade "ressoa gravíssima" não constitui fundamentação idônea, visto que o grau de reprovabilidade da conduta do acusado não passou do habitual ao crime em comento.

2. Não é viável incrementar-se a pena-base com fulcro na circunstância judicial Maus antecedentes amparando-se na pendência de processos sem trânsito em julgado, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Inteligência da Súmula n.º 444/STJ.

3. Feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a circunstância 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.

4. As circunstâncias do delito não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não foram arrolados elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, que pudessem ser considerados como negativos.

5. Outrossim, não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que são "prejudiciais e danosas", devendo, pois, ser expurgado o acréscimo decorrente do exame genérico feito pelo julgador.

6. Concluído pelo Tribunal *a quo* que o paciente integrava organização criminosa, não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ordem parcialmente concedida para, nos autos da Ação Penal n.º 048.070.057.020, afastar a exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes, e, de ofício, para afastar as demais circunstâncias judiciais, reduzindo a reprimenda imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a revisão da dosimetria da pena imposta ao paciente, em especial, a redução da pena-base e a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Para melhor deslinde da controvérsia, mister transcrever excerto do édito condenatório, no que interessa:

Dosimetria da Pena.

Dosimetria da Pena - JONY MACEDO DA SILVA:

A culpabilidade ressoa gravíssima, sendo a conduta do réu JONY MACEDO DA SILVA extremamente reprovável; seus antecedentes criminais, demonstram que o acusado é um potencial criminoso, eis que constam registros de outros processos nesta Comarca, sendo um inclusive já constante de sentença condenatória, por envolvimento na prática de crime mediante emprego de arma de fogo e concurso de pessoas; personalidade voltada ao cometimento de delitos; observe-se ainda que as circunstâncias do fato não o favorecem; as consequências extra penais são relevantes em face dos efeitos nocivos do tráfico para a coletividade; o sujeito passivo no referido delito é toda a sociedade; a prática delituosa do art 33 da Lei nº 11.343/06, merece total e eficaz repúdio; as consequências do crime são totalmente prejudiciais e danosas, uma vez que através desta condutas expõem-se toda a coletividade ao perigo.

Observando as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu e considerando a pena em abstrato do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 qual seja 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa, fixo a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa à fração de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos com as correções de lei.

Inaplicável no presente caso a disposição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. Como cediço, para que o réu faça jus à diminuição deverão estar presentes quatro requisitos cumulativos: agente primário; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas e não integração a organizações criminosas. Como se vê, o acusado não é possuidor de bons antecedentes criminais. Consta de seus registros envolvimento criminais de outras natureza, entre eles roubo. Não houve comprovação de que o acusado à época dos fatos exercia qualquer tipo de atividade lícita. Pelo que dos autos consta, restou provado que o acusado é pessoa ligada a organizações criminosas, sendo estas voltadas para o cometimento de homicídios e tráfico neste município (fl. 17).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos, em decisão assim fundamentada:

Analisando os fatos articulados na peça de Embargos, verifico que a defesa aduz que o acusado por ser menor no dia do fato, este gera a aplicação da atenuante da menoridade.

Verificando os autos, razão assiste à parte embargante visto que na Sentença, na aplicação da dosimetria da pena, equivocou-se este Magistrado em não considerar sua menoridade na época do fato.

Conforme cediço, o acusado nasceu em 15/03/1988 e o fato ocorreu em 04/04/2007, conforme APF e Boletim de Vida Pregressa do Acusado às fls. 11 e 25, ou seja, o acusado tinha acabado de completar 19 (dezenove) anos de idade, porquanto tal equívoco levou-me a uma condenação em 09 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa à fração de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, superior ao que efetivamente é devido.

Assim levando-se em conta que na época do fato o acusado JONY tinha 19 (dezenove) anos de idade, deverá ser aplicada a circunstancia atenuante de acordo com a determinação do art. 65, I do CPB. Assim sendo, faço constar na sentença proferida às fls. 110/119, a seguinte parte Dispositiva:

"Diante do equívoco constatado, ACOLHO os Embargos interpostos para modificar a dosimetria da Sentença, passando agora a ser "JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA para fixar a pena definitiva pela prática do delito do art 33 da Lei 11.343/06, condenando JONY MACEDO DA SILVA, em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão (fls. 21/22).

O Colegiado estadual, por sua vez, assim se manifestou:

(...) o apelante foi condenado nas iras do artigo 33 da Lei 11.343/2006, sendo esta a dosimetria realizada em seu desfavor na sentença de piso:

(...)

Registra-se que, em sede de embargos declaratórios, foi reconhecida a incidência da atenuante de menoridade (art. 65, I do CP), com diminuição de seis meses da pena de reclusão, restando a pena definitiva em oito anos e seis meses de reclusão e multa.

Verifica-se, portanto, que a decisão de piso encontra-se devidamente fundamentada, consoante determinação legal, em específico quanto ao art. 59 do Código Penal, tendo sido sopesadas todas as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao apelante, restando na pena base estipulada, a qual serve para demonstrar a reprovação ao crime e prevenir o mesmo.

Não há que se dizer também que não houve fundamentação idônea acerca das circunstâncias desfavoráveis verificadas, quais sejam, culpabilidade, maus antecedentes, personalidade, circunstâncias e conseqüências do crime; uma vez que o juiz de piso analisou-as de forma lúcida e em consonância com o texto legal, ainda que concisamente.

Ora, afirmar que não foram indicados efeitos extra-penais do delito imputado ao apelante, mas tão somente a consequência natural do delito nos soa inoportuna. Ora, o tráfico de drogas é crime grave, que assola a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sociedade, origina vários outros delitos, destrutura famílias e a coletividade como um todo.

Ademais, no caso específico dos autos, há notícias que o apelante faria parte de uma quadrilha, audaciosa, que vinha trazendo o terror em Divinópolis, bairro da Serra, tomando casas de moradores daquela localidade para estocar drogas e armas e também para estabelecer bocas-de-fumo, inclusive foram denúncias anônimas neste sentido que originaram a prisão em flagrante do mesmo de posse da substância entorpecente encontrada.

(...)

Por outro lado, sobre a causa de diminuição de pena específica, vejamos o que consta da sentença guerreada:

(...)

Desnecessárias maiores digressões acerca do assunto, uma vez que encontra-se registrado nos autos, às fls. 28, que, quando de sua prisão em flagrante alusiva aos fatos ora em comento, já havia mandado de prisão expedido contra o apelante decorrente de regressão de regime prisional, por condenação nas iras do artigo 157, § 2º, I e II do Código Penal, ou seja, por fatos outros, registrando, com isso, antecedentes.

Ou seja, se não estão presentes nos autos os requisitos autorizativos da incidência da causa de diminuição de pena específica, impossível sua aplicação ao caso em tela.

(...)

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso (fls. 26/28).

Malgrado o impetrante busque tão somente o afastamento da exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes e a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, forçoso reconhecer que a primeira fase da dosimetria, *in totum*, merece reparos.

Verifica-se que o Juízo de primeiro grau aumentou a reprimenda em 4 (quatro) anos de reclusão, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, aos antecedentes, à personalidade, às circunstâncias e às consequências do delito.

Mister salientar, inicialmente, que a fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas.

Quanto à culpabilidade, ao que cuido, meramente declinar que "ressoa gravíssima (...) sendo a conduta (...) extremamente reprovável" (fl. 17), não constitui fundamentação idônea. Senão vejamos.

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

(...)

(...) JONY foi seguido e encontrado embaixo de uma casa, quando foi detido e levou os policiais onde foram apreendidos, dentro de uma sacola de plástico branca, 33 (trinta e três) pedras de 'crack' e um cigarro de maconha, conforme auto de apreensão de fls. 09.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A materialidade do crime está estampada nos autos de apreensão e constatação, fls. 09 e 10.

Com sua conduta o denunciado JONY, ao ter em depósito e guardar, sem autorização legal, substância entorpecente destinada ao consumo de terceiros, cometeu o delito previsto no art. 33 da lei 11.343/2006 (...).
(...) (fl. 41).

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. Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA.

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 do STF e STJ).

II - *In casu*, verifica-se que a r. decisão de segundo grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, dentre outras, de expressões como 'A culpabilidade do réu é elevada, pois sua conduta recebe da lei e da sociedade alta carga de reprovabilidade', 'Os motivos que levaram o réu à prática do crime em estudo são reprováveis (...)', e 'As consequências do crime são maléficas'.

III - Ainda, 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).

Habeas corpus concedido para fixar a pena definitiva do paciente em 03 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão."

(HC 165.590/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 23/08/2010)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Observa-se, ademais, que a sentença condenatória, à luz dos registros criminais do paciente, fez militar em seu desfavor a circunstância judicial dos maus antecedentes. Assinalou o Magistrado de primeira instância que os antecedentes criminais do paciente "demonstram que (...) é um potencial criminoso, eis que constam registros de outros processos nesta Comarca, sendo um inclusive já constante de sentença condenatória (...)" (fl. 17). Ora, não é viável incrementar-se a pena-base com fulcro em maus antecedentes, amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, sob pena de se vulnerar a garantia 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Outrossim, resgatou o Juízo sentenciante as anotações não definitivas do paciente para cristalizar, então, a "personalidade voltada ao cometimento de delitos" (fl. 17).

A meu sentir, contudo, tratou-se de errônia a desaguar em ilegalidade que merece correção por este Tribunal Superior. 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 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.



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)

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 corréu 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 corréu 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03.08.2009)

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 - conseqüências 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)

Vê-se, assim, que o Juízo *a quo*, servindo-se de feitos criminais em curso, incrementou a pena-base ao argumento de que o paciente teria maus antecedentes e, ainda, tendo por negativa a sua personalidade. Tal se insere na contramão da jurisprudência (sumulada, inclusive, enunciado n. 444) desta Corte. Neste diapasão, certo é que a pendência de procedimentos penais em marcha não pode ser substrato para a exasperação da pena-base, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência.

Quanto às circunstâncias do crime, o Magistrado singular assinalou que "as circunstâncias do fato não o favorecem" (fl. 17), o que não constitui, absolutamente, fundamentação idônea a ensejar a exasperação da pena-base, porquanto deveras genérica. Desse modo, as circunstâncias do delito não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não foram arrolados elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, que pudessem ser considerados como negativos.

Do mesmo modo, não constitui fundamentação adequada considerar as conseqüências do delito como desfavoráveis apenas pela alegação de que são "totalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejudiciais e danosas" (fl. 17). Com efeito, não se declinou elementos concretos presentes nos autos para dar supedâneo a tal consideração. 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 pena-base.

IV. A exasperação da pena-base com estei 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)

Por todo o exposto, de rigor a redução da pena-base para o mínimo legal previsto, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, incide o disposto na Súmula n.º 231 desta Corte, mantendo-se a pena nesse patamar.

No tocante à causa especial de diminuição de pena, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, o Juízo de primeiro grau, com arrimo nos fatos da causa, concluiu que o paciente integrava organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do mesmo modo, o Colegiado estadual consignou que o paciente "faria parte de quadrilha audaciosa, que vinha trazendo o terror em Divinópolis, bairro da Serra, tomando casas de moradores daquela localidade para estocar drogas e armas e também para estabelecer bocas-de-fumo, inclusive foram denúncias anônimas neste sentido que originaram a prisão em flagrante do mesmo de posse da substância entorpecente encontrada" (fl. 26).

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não pode ser revista sem o necessário revolvimento no conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que é não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em seu poder - aproximadamente 70 quilos de cocaína, distribuídos em 70 pacotes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada.

(HC 206.837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. VIA INADEQUADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. QUANTUM DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. 13 KG DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O *writ* não foi criado para a finalidade aqui empregada, de discutir a dosimetria da pena. Há que se utilizar o recurso cabível ou, após o trânsito em julgado, a revisão criminal, se for o caso. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

4. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, pois foram adotados fundamentos concretos para justificar a dosimetria da pena, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto. Foi ressaltada a grande quantidade de entorpecente apreendida (cerca de 13 kg de cocaína), bem como indicado que o paciente integra associação criminosa, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas. Sobre o tema, deve-se ter em conta o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, segundo o qual "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 135.846/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. As penas-base dos réus foram fixadas fundamentadamente acima do mínimo legal em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, em consonância com o art. 42 da Lei de Drogas, ressaltando-se, ainda, a existência de antecedente negativo quanto ao réu (...).

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora os pacientes sejam primários, não atendem ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que integram organização criminosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF.

5. Ordem denegada.

(HC 162.375/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. 1. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM *HABEAS CORPUS*. 3. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Paciente que, nos termos do que assentado nas instâncias antecedentes, integra organização criminosa. Precedente.

2. Afastar a premissa de que o Paciente integra organização criminosa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

3. Não há falar em contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República, pois, embora em sentido contrário à pretensão do ora Paciente, o juízo da 4ª Vara de Guarulhos/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça apresentaram suficiente fundamentação ao decidir pela inaplicabilidade da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Ordem denegada.

(HC 109.991/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 07/12/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *WRIT* DENEGADO.

(...)

6. Por fim, vale ressaltar que, para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

7. No caso concreto, por força dos estreitos limites do *habeas corpus*, não há como verificar se o paciente, efetivamente, não se dedicava às atividades criminosas, nem integrava organização criminosa.

8. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006).

9. *Writ* denegado.

(HC 98.766/MG, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, Dje 04/03/2010)

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para, nos autos da Ação Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 048.070.057.020, afastar a exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes, e, de ofício, para afastar as demais circunstâncias judiciais, reduzindo a reprimenda imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão.

É como voto.

Oficie-se ao eminente Ministro Luiz Fux, Relator do HC n.º 109.408, no Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0038829-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 130.366 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 48070057020

EM MESA

JULGADO: 16/08/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : JONY MACEDO DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.