



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.902 - SP (2009/0225190-1)

RELATOR : **MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
IMPETRANTE : ADRIANA TESTI TIRELLI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DA CUNHA BORBA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO ELEVADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A existência de inquéritos e processos judiciais em andamento não se mostra idônea à caracterização de maus antecedentes.
2. É desproporcional a exasperação em 1/3 da pena em razão de única reincidência.
3. Ordem concedida para reduzir a pena-base no mínimo legal e majorá-la em 1/6 em razão da agravante da reincidência, perfazendo um total de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime fechado, e 583 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 04 de março de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.902 - SP (2009/0225190-1)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Adriano da Cunha Borba, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, no regime fechado, e 800 dias-multa, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006.

Busca a impetração a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como que o aumento em razão da reincidência seja fixado no patamar de 1/6.

A liminar foi indeferida à fl. 35.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 38/42), opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.902 - SP (2009/0225190-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): No tocante à fixação da pena, disse a magistrada de primeiro grau:

"Trata-se de réu com registro de antecedentes criminais (fls. 91), e com registro de reincidência (fls. 51).

*Já se decidiu que 'Antecedentes são todos os fatos ou episódios, próximos ou remotos, da **vita anteacta** do réu, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime' (RT 513/405).*

Assim, à luz do contido no artigo 59 do Código Penal, considerando-se os maus antecedentes registrados e personalidade voltada para a prática de crimes, fixa-se a pena-base em seis anos de reclusão, e 600 dias-multa.

Não há circunstâncias atenuantes genéricas a considerar.

A reincidência registrada é circunstância agravante genérica, que eleva a pena-base de um terço, perfazendo oito anos de reclusão, e pagamento de 800 dias-multa.

Não havendo outras causas modificativas a considerar, de modo que as penas ficam fixadas nesses patamares.

Tendo-se em conta recente legislação para as condutas catalogadas como hediondas, fixa-se o regime prisional inicial fechado.

Ante o exposto, julgo procedente a denúncia, para condenar Adriano da Cunha Borba, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Fixo-lhe a pena de oito anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, em valor diário mínimo legal, corrigido na forma da lei.

Preso por força de regular prisão em flagrante, e considerando-se que a manutenção em cárcere é efeito da condenação (RT 531/295. RTJ 88/69), o sentenciado não poderá recorrer desta sentença em liberdade. Acrescente-se que o sentenciado não preenche os requisitos previstos no artigo 594, do Código de Processo Penal. " (fls. 22/23)

Em sede de apelação criminal, o Tribunal de origem, por sua vez, assim se manifestou:

"As penas foram aplicadas de forma justificada e como tal são mantidas. O réu é portador de maus antecedentes, ostentando personalidade distorcida, voltada para a prática de crimes; é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*também reincidente (fls. 51). Logo, andou bem a digna Magistrada ao aumentar a pena, nas duas primeiras fases do cálculo dosimétrico, por conta dessas circunstâncias. Observo que não há falar na espécie em **bis in idem** pela consideração em separado dos maus antecedentes e da reincidência nas duas fases primeiras fases do cálculo.*

Confira-se: 'não está errado, na dosagem da reprimenda, considerar os maus antecedentes e a reincidência separadamente, visto que são circunstâncias individualizadoras da pena distintas (uma é circunstância judicial e a outra é circunstância legal, considerada agravante obrigatória), não se confundindo 'maus antecedentes' com 'reincidência' (JUTACRIM 100/215 e, no mesmo sentido, JUTACRIM 92/47). Não colhe a alegação de que a reincidência, por ser um plus, absorve sempre os antecedentes. A reincidência não esgota os antecedentes, que têm sentido mais amplo, incluindo tudo quanto possa constituir sintoma de periculosidade' (TACrimSP, AC, rel. GONZAGA FRANCESCHINI, RJDTACRIM 6/166).

O acréscimo de 1/3 por conta da recidiva é adequado e proporcional à gravidade do crime anterior pelo qual o réu foi condenado (roubo duplamente agravado - fls. 51).

Correto também o regime inicialmente fechado, diante da nova redação do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.082/90, trazida pela Lei nº 11.464/2007.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, confirmando a r. sentença monocrática." (fls. 30/31)

Inicialmente, é de se ressaltar que as Folhas de Antecedentes Criminais, juntadas às fls. 17/18 (relativas às fls. 51 e 91 da ação penal originária), ao que se verifica da sentença e do acórdão, indicam que o paciente possui 1 condenação com trânsito em julgado, utilizada para caracterização da reincidência, 3 inquéritos policiais, um deles referente a essa condenação, e 1 processo judicial em curso, os últimos tendo sido utilizados para avaliação negativa dos antecedentes.

Assim, fica evidenciado o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente, tendo em vista que tanto a magistrada sentenciante quanto o Tribunal de origem fixaram a pena-base acima do mínimo legal, considerando inquéritos policiais e processos em curso na avaliação negativa dos antecedentes, o que é vedado pela jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

A - "PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

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 nº 930.376/RS, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJe de 3/8/2009)

B - "HABEAS CORPUS. ART. 171, CAPUT, C/C OS ARTIGOS 29, 71 E 72, TODOS DO CÓDIGO PENAL. INQUÉRITOS E PROCESSOS SUSPENSOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CP. FALTA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1 - 'Registros referentes a inquéritos e processos em andamento não se prestam à demonstração de maus antecedentes e, por conseqüência, também de nada servem para fundamentar um juízo negativo acerca da personalidade do condenado'. (HC nº 52.697/RJ, Relator o Ministro PAULO MEDINA, DJU de 15/5/2006)

2 - Ordem concedida para reduzir a reprimenda a 1 ano e 2 meses de reclusão, a serem cumpridos no regime aberto, e multa, convertida a sanção corporal em duas medidas restritivas de direitos a serem definidas no Juízo da Execução."

(HC nº 53.069/SP, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI, DJU de 20/8/2007)

Assim, deve ser reduzida a pena-base no mínimo legal para o crime de tráfico de entorpecentes, vale dizer, 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa.

De outro giro, também considero indevida a exasperação em 1/3 da pena em razão da verificação de uma reincidência. Sobre o tema, veja-se o comentário de César Roberto Bittencourt:

"O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deixando ao prudente arbítrio do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e atenuantes se equipariam àquelas causas modificativas da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes)” (BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 583).

A propósito, este é o entendimento de Alberto Silva Franco, **verbis**:

“O acréscimo punitivo deve ser devidamente motivado, e a quantidade punitiva debitada, a título de agravante, não pode evidentemente superar o mínimo cominado para a causa de aumento de pena para que não haja confusão entre uma e outra dessas agravações punitivas” (FRANCO, Alberbo Silva. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (coord.) 8ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 357).

Assim, o aumento de um terço fixado na sentença em razão da comprovada reincidência do réu mostrou-se excessivo, em função de apenas uma condenação informadora da agravante, evidenciando assim o constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Todavia, em que pese a lei não estabeleça o **quantum** deva ser majorado em razão da ocorrência das agravantes, entendo como justa a aplicação de um sexto.

Dessa forma, fixada a pena-base no mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, majoro-a em 1/6 em razão da agravante da reincidência, perfazendo um total de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, a serem cumpridos no regime fechado, por se tratar de réu reincidente.

Diante do exposto, concedo a ordem para reduzir a pena imposta ao paciente, na ação penal de que aqui se cuida, a 5 anos e 10 meses de reclusão, regime fechado, e 583 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0225190-1
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 22042007 990080939696

HC 153902 / SP

EM MESA

JULGADO: 04/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA TESTI TIRELLI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DA CUNHA BORBA

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

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 a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

Brasília, 04 de março de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário