

HABEAS CORPUS Nº 146.041 - MG (2009/0169687-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : LYDIO DA HORA SANTOS E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : BRUNO CRAPANZANO DA SILVA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. LEGALIDADE. CONDUTA SOCIAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.
3. Matéria não enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.
4. A participação do adolescente justifica elevação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal, por representar elemento concreto circunstancial do delito.
5. A fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de justificativa idônea configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.
6. Consoante o entendimento cristalizado na Súmula 444/STJ: *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*
7. O conceito de *conduta social* tem por fim examinar a interação do agente em seu meio, ante familiares, amigos e vizinhos, razão pela qual a motivação referente à ausência de trabalho lícito, por si só, não justifica a valoração negativa da circunstância referente à conduta social do sentenciado.
8. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 9 meses de reclusão e 51 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



HABEAS CORPUS Nº 146.041 - MG (2009/0169687-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : LYDIO DA HORA SANTOS E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : BRUNO CRAPANZANO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG, que deu parcial provimento ao recurso da defesa, para excluir a agravante prevista no art. 62, inciso III, do Código Penal.

Alega o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão (a) da fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de fundamentos concretos, e (b) da não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Requer a redução da pena-base, a aplicação da minorante no patamar máximo, a fixação do regime aberto para o cumprimento de pena, bem como a aplicação de penas alternativas e de *sursis*.

Indeferida a liminar, prestadas as informações e ouvido o Ministério Público Federal, vieram os autos conclusos.

Conforme as informações prestadas em 16/6/2015, pelo Tribunal *a quo*, *Inexiste informação do cumprimento do referido mandado até a presente data.* (fl. 203).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 146.041 - MG (2009/0169687-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Sobre a dosimetria do paciente, a sentença assim dispôs (fls. 29/30):

"[...] Passo a dosar-lhe a reprimenda. BRUNO CRAPANZANO DA SILVA não possui antecedentes criminais sendo tecnicamente primário, pelo que se observa da certidão de fls. 97 v. Quanto à culpabilidade, o mesmo apresenta plenas condições de entendimento do caráter ilícito de suas ações e da reprovabilidade da mesma. Quanto aos motivos do crime, residem na obtenção do lucro fácil gerado pela atividade ilícita. As circunstâncias lhe oneram, pois se valia de menor de idade para a prática do ilícito; as conseqüências por ele geradas são graves ao meio social. Sua conduta social não ficou plenamente elucidada, não comprovado trabalho lícito e apresentando passagens policiais; sua personalidade não tem parâmetros suficientes a permitir avaliação. A vista destes elementos fixo a pena-base em de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias multa pela imputação do artigo 12 da lei nº. 6368/76.

Na segunda fase de dosimetria não encontro atenuantes a considerar. Visualizo, entretanto, a agravante do artigo 62, inciso II, alínea 'c', pela dissimulação utilizada pelo acusado, valendo-se de adolescente para a distribuição da droga, pelo que acresço 12 (sete) meses de reclusão

Superior Tribunal de Justiça

e 20 (vinte) dias multa na pena base.

Na terceira fase de dosimetria não vejo causa especial que tenha o condão de mudar o já disposto finalizando a pena de 05 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias multa pela imputação do artigo 12 da lei n.º. 6368/76.

[...]

A condenação será cumprida inicialmente em regime semi-aberto, conforme permite o artigo 33 § 2º, alínea 'b' do código penal.

Nego a substituição da pena privativa de liberdade uma vez que as circunstâncias do art. 59 do código penal não o recomendam havendo vedação do artigo 44 do mesmo diploma legal.[...]."

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso de apelação pelos seguintes fundamentos (fls. 55/58):

"[...]. Finalmente, em atenção ao Parecer da douta Procuradoria de Justiça, verifica-se que o MM. Juiz 'a quo' incorreu em 'bis in idem' ao fixar as penas do apelante, porquanto considerou 'valer-se de um menor de idade para a prática do ilícito' para a fixação das penas-base, fazendo-se incidir na segunda fase da aplicação a agravante prevista no artigo 62, inciso III do Código Penal, que cuida do mesmo assunto. Sendo assim, reduz-se as penas em 12 (doze) meses e 20 (vinte) dias-multa, concretizando-as em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, mantido o regime de cumprimento de pena já fixado na sentença. [...]."

No tocante à possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem-se que as instâncias de origem realizaram a dosimetria da pena sem, contudo, tratarem especificamente dessa questão. Ademais, não é possível se ter certeza de que a questão foi pleiteada, porquanto isso não se deduz do relatório da apelação e não foi juntada a petição inicial do mencionado recurso.

Assim, a matéria ventilada no presente *writ*, nesse ponto, não pode ser analisada, originalmente, por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido: HC n. 241.834/BA - 6ª T. - unânime - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24/4/2014; AgRg no HC n. 259.387/SP - 5ª T. - unânime - Rel. Min. Jorge Mussi - DJe 8/10/2014; AgRg no HC n. 302.465/RJ - 6ª T. - unânime - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 7/10/2014; RHC n. 46.658/MT - 5ª T. - unânime - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 1/8/2014.

De outro lado, no tocante à dosimetria, a sentença condenatória, mantida em parte pelo Tribunal *a quo*, exasperou a pena-base valorando negativamente as circunstâncias judiciais tendo-se em vista a participação de adolescente no delito e a conduta social do sentenciado, que, além de possuir passagens policiais, não teria comprovado trabalho lícito.

Superior Tribunal de Justiça

Embora a participação do adolescente justifique, desde que afastado o *bis in idem*, a elevação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal, por representar elemento concreto circunstancial do delito, a ausência de comprovação do trabalho lícito e da existência de passagens policiais não justificam a valoração negativa da conduta social do sentenciado.

Ocorre que não há nenhuma indicação de que o paciente ostentava, à época, alguma condenação definitiva em seu desfavor, razão pela qual não se mostra devida tal exasperação, nos termos da Súmula 444/STJ: [é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Com efeito, o conceito de *conduta social* tem por fim examinar a interação do agente em seu meio, ante familiares, amigos e vizinhos, razão pela qual a motivação referente à ausência de trabalho lícito, por si só, não justifica a valoração negativa da circunstância referente à conduta social do sentenciado. Nesse sentido: HC n. 59.416/MS – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Nefi Cordeiro – DJe 19/11/2014; e HC n. 267.116/TO – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 28/02/2014.

Verifica-se, assim, a presença de ilegalidade flagrante, consubstanciada na fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de justificativa idônea para o acréscimo, em manifesta inobservância ao princípio da individualização da pena, apta a justificar a concessão da ordem de ofício, motivo pelo qual passo a redimensionar a pena.

Considerando-se que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, excluída a valoração negativa quanto à conduta social e não havendo nos autos elementos concretos que ensejem a valoração negativa das circunstâncias judiciais quanto à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, ao comportamento da vítima, às conseqüências do crime e à personalidade, a pena-base deve ser majorada apenas em razão da circunstância de ter havido a participação de adolescente no delito, totalizando 3 anos e 9 meses de reclusão e 51 dias-multa.

Não há agravantes, atenuantes, bem como majorantes ou minorantes.

Fixo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, tendo-se em vista a participação de adolescente no crime.

Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, tendo-se em vista a participação de menor no crime. Incabível, na hipótese, a aplicação de *sursis*, considerando-se a quantidade de pena imposta, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 9 meses de reclusão e 51 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Comunique-se, com urgência, ao juízo da execução, com cópia do presente acórdão.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2009/0169687-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 146.041 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10015050265378 1505265378

EM MESA

JULGADO: 06/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LYDIO DA HORA SANTOS E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : BRUNO CRAPANZANO DA SILVA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.