

29/03/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.985 MATO GROSSO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(s) : ELEXANDRO BORGES DA SILVA
IMPTE.(s) : ROGÉRIO NÓBREGA DA SILVA
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO Hc Nº 130088 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus. 2. Alegação de nulidade da sentença condenatória na parte da fixação da pena. 3. Magistrado de primeiro grau que não observa o critério trifásico de Hungria. 4. Constrangimento ilegal caracterizado. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo de primeiro grau que proceda à nova individualização da pena.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir, parcialmente, a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de março de 2011.

Ministro **GILMAR MENDES**

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente



29/03/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.985 MATO GROSSO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(s)	: ELEXANDRO BORGES DA SILVA
IMPTE.(s)	: ROGÉRIO NÓBREGA DA SILVA
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HC Nº 130088 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Rogério Nóbrega da Silva, em favor de Elexandro Borges da Silva.

Inicialmente, a defesa insurge-se contra decisão monocrática proferida pelo relator do *Habeas Corpus* n. 130.088, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça.

Na origem, o paciente foi condenado pelo Juízo da Primeira Vara Criminal de Barra do Garças/MT à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a multa pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa, à época, suscitou simplesmente a inocência do paciente, **quedando silente acerca da majoração da pena-base e da ausência da aplicação da sua diminuição** (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso negou provimento à apelação.

Taxando a defesa inicial de deficiente, o paciente constitui novo defensor, que, por sua vez, impetrou *habeas corpus* no Tribunal estadual, suscitando as questões atinentes ao *quantum* da pena na Corte de origem. O Tribunal de Justiça estadual não conheceu do pedido, ao fundamento de não ser admissível a via eleita, bem como não ser competente para julgar a causa.

Sustentando a teratologia da decisão formalizada pelo Tribunal de origem, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* n. 130.088 no Superior Tribunal de Justiça, cujo pleito liminar foi indeferido.

HC 103.985 / MT

Transcorrido considerável prazo sem que houvesse o julgamento de mérito na Corte de Justiça, a defesa impetrou este *habeas corpus*, ressaltando a demora da prestação jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça e impugnando a sentença condenatória que impôs ao paciente pena inidônea.

Aduz ser nula a sentença condenatória, uma vez que não observou o critério trifásico de individualização da pena, aumentando de forma exacerbada a pena-base, bem como não se pronunciou acerca da aplicação da causa especial de diminuição de pena (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º).

Sobrevieram informações, dando conta de que o *habeas* seria julgado no mês de agosto, o que ocorreu, conforme se depreende do que consta do sítio do Superior Tribunal de Justiça. **O pedido não foi conhecido, dado que não houve enfrentamento do tema pelo Tribunal de origem, seja no acórdão de apelação, seja no *writ* lá impetrado.** Aduziu, ainda, o Superior que, versando a discussão sobre o método de fixação da pena utilizado pelo juiz de primeiro grau, seria mais adequada, levando-se em conta que a condenação já transitara em julgado, a utilização da revisão criminal.

Por ocasião da análise do pleito liminar em 18.10.2010, declarei o prejuízo do pedido formulado na inicial, considerada a alegada demora na prestação da jurisdição pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 21, IX, RISTF). Indeferi os demais pedidos.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento deste *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação (fl. 141-144).

É o relatório.

29/03/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.985 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): No presente *habeas corpus*, a defesa aduz ser nula a sentença condenatória, uma vez que não observara o critério trifásico de individualização da pena, aumentando de forma exacerbada a pena-base, bem como não se pronunciara acerca da aplicação da causa especial de diminuição de pena (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º).

Para melhor compreensão da controvérsia, procedo a análise cronológica da causa.

Inicialmente, a defesa insurgiu-se contra decisão monocrática proferida pelo relator do *Habeas Corpus* n. 130.088, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça.

Na origem, o paciente foi condenado pelo Juízo da Primeira Vara Criminal de Barra do Garças/MT à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa, à época, suscitou simplesmente a inocência do paciente, quedando silente acerca da majoração da pena-base e da ausência da aplicação da sua diminuição (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso negou provimento à apelação.

Taxando a defesa inicial de deficiente, o paciente constitui novo defensor que, por sua vez, impetrou *habeas corpus* no Tribunal estadual, suscitando as questões atinentes ao *quantum* da pena na Corte de origem. O Tribunal de Justiça estadual não conheceu do pedido, ao fundamento de não ser admissível a via eleita, bem como não ser competente para julgar a causa.

Sustentando a teratologia da decisão formalizada pelo Tribunal de origem, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* n. 130.088 no Superior Tribunal de Justiça, cujo pleito liminar foi indeferido.

HC 103.985 / MT

Transcorrido considerável prazo sem que houvesse o julgamento de mérito perante a Corte de Justiça, a defesa impetrou este *habeas corpus*, ressaltando a demora da prestação jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça e impugnando a sentença condenatória que impôs ao paciente pena inidônea.

Sobrevieram informações, dando conta de que o *habeas* seria julgado no mês de agosto, o que ocorreu, conforme se depreende do que consta do sítio do Superior Tribunal de Justiça. O pedido não foi conhecido, dado que não houve enfrentamento do tema pelo Tribunal de origem, quer seja no acórdão de apelação, quer no *writ* lá impetrado. Aduziu, ainda, o Superior que, versando a discussão sobre o método de fixação da pena utilizado pelo juiz de primeiro grau, seria mais adequada, levando-se em conta que a condenação já transitara em julgado, a utilização da revisão criminal.

Por ocasião da análise do pleito liminar em 18.10.2010, declarei o prejuízo do pedido formulado na inicial, considerada a alegada demora na prestação da jurisdição pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 21, IX, RISTF). Indeferi os demais pedidos.

Postas essas premissas, entendo que o caso guarda peculiaridades a proporcionar o conhecimento excepcional deste *habeas corpus*, mesmo não tendo o seu mérito sido analisado pelo Tribunal de Justiça, tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça. Explico.

É que se insurge a defesa contra a dosimetria da pena do paciente, ao argumento de que não teria o magistrado de primeiro grau analisado de forma coerente o critério trifásico de fixação da pena. Bem compulsados os autos, entendo assistir razão à defesa e reputo flagrante a ausência de prestação jurisdicional pelas instâncias inferiores. Eis a fixação adotada na sentença condenatória:

“Dosando a pena, pereço que o acusado possuía pleno conhecimento da ilicitude de sua conduta. Tem bons antecedentes. O motivo do crime certamente era o lucro fácil da traficância e as conseqüências são as naturais do delito contra a saúde pública, minoradas pela apreensão antes da circulação de

HC 103.985 / MT

venda, embora se trate de considerável volume de maconha. Conduta social e personalidade sem alterações relevantes, circunstâncias que em maioria lhe são favoráveis, justificando a fixação da pena-base em pouco acima do mínimo em 5 anos e 8 meses de reclusão e 600 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, pena que torno definitiva ao réu Elexandro”.

No ponto, cumpre enfatizar que o Código Penal, quanto à fixação da pena, adotou o sistema trifásico de Nelson Hungria, nos termos do art. 68 do CP: *“A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”*.

Dessarte, de início, o juiz deve fixar a denominada pena-base levando em conta as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, passando, posteriormente, às agravantes e às atenuantes dos artigos 61, 62 e 65 do CP, e, por fim, às causas especiais de aumento ou diminuição de pena.

Certo é, todavia, que essa fixação não pode se dar de forma arbitrária, devendo o magistrado motivar de maneira adequada, sob pena de infringir o disposto no art. 93, IX, da CF.

Aqui, entendendo estar o cerne da questão, porquanto reputo que o Juízo da Primeira Vara Criminal de Barra do Garças/MT não obedeceu sequer a parâmetros mínimos para uma fixação idônea da pena do paciente.

De fato, iniciou o magistrado por analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, entretanto, parou por aí, em ato para mim eivado de flagrante nulidade. No ponto, observo que, mesmo atestando ser o paciente portador de bons antecedentes, não avançou na fixação da pena. Em momento algum chegou a se pronunciar sobre as demais fases de fixação da pena, sobretudo se faria *jus*, ou não, o paciente à incidência da causa especial de diminuição da pena, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Daí, para mim, nesta parte, a sentença estar eivada de vício insanável, devendo ser refeita.

HC 103.985 / MT

É por isso que avanço no sentido de conceder, ao menos parcialmente, a ordem de *habeas corpus*.

Contudo, teço, ainda, algumas ponderações. É que reputo necessário ressaltar, ainda, que são as seguintes as balizas para a concessão da causa de diminuição de pena (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º): a) ser o agente primário, b) possuidor de bons antecedentes, c) não se dedicar a atividades criminosas e d) não integrar organização criminosa.

Nesta parte, ressalto a necessidade de o Juízo de primeiro grau atender a parâmetros adequados para fundamentar a causa especial de diminuição de pena. Já tive a oportunidade de defender tese, acolhida por esta Segunda Turma do STF, no sentido de que a quantidade de droga apreendida é circunstância que deve ser sopesada na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-la por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, sob pena de *bis in idem* (HC 98.172/GO, HC 104.423/AL, ambos de minha relatoria, e HC 101.317/MS, rel. orig. Min. Ellen Gracie e red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes). Por isso, o magistrado de primeiro grau deverá atender a essas balizas, sob pena de não proceder a uma fundamentação idônea.

Por fim, fixada a nova pena, deverá o magistrado de primeiro grau, se for o caso, atentar se cabe, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, em sessão realizada em 1º.9.2010, o Plenário desta Suprema Corte, ao analisar o HC n. 97.256/RS, de relatoria do Min. Ayres Britto, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal. Confira-se ementa desse julgado:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE

HC 103.985 / MT

INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente

HC 103.985 / MT

para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente” – (HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 16-12-2010).

Dessarte, ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, diante da avaliação do caso concreto, a **possibilidade** da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Nesses termos, o meu voto é pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, para determinar ao Juízo da Primeira Vara Criminal de

HC 103.985 / MT

Barra do Garças/MT que proceda a nova individualização da pena, atentando-se para a adequada motivação do fator de redução oriundo da causa especial de diminuição da pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Determino, ainda, que, fixada a individualização da pena, deverá o Juízo deliberar sobre a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, segundo os requisitos previstos no art. 44 do CP.

É como voto.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 103.985**

PROCED. : MATO GROSSO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ELEXANDRO BORGES DA SILVA

IMPTE.(S) : ROGÉRIO NÓBREGA DA SILVA

COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 130088 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Deferida parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 29.03.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e os Senhores Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador