

12/05/2015

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.266 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
PACTE.(S) : **MÁRCIO BATISTA DA SILVA**
IMPTE.(S) : **LUIZ CARLOS DA SILVA NETO**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI 6.368/1976, ART. 14). DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. INVOCAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. INADEQUAÇÃO. PENA-BASE FIXADA NO SEU PATAMAR MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS E SUFICIENTES.

1. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, uma adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que deve se basear.

2. No particular, a sentença, ao exasperar a pena-base em seu patamar máximo, levando em conta a culpabilidade e a existência de anotações criminais, não atendeu adequadamente aos requisitos de coerência interna, de proporcionalidade e de equilíbrio em suas avaliações fáticas à luz do princípio da individualização da pena. Se não bastasse, o ato judicial está em dissonância com o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.054, o qual firmou a tese de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

3. Nessas circunstâncias, e considerando a jurisprudência do STF, tem-se situação reveladora de ilegalidade aferível sem necessidade de revolvimento de fatos e provas.

4. Ordem concedida, em parte, para determinar ao juízo da vara de execuções penais que proceda ao novo cálculo da pena-base.

ACÓRDÃO

HC 104266 / RJ

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro TEORI ZAVASCKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conceder, em parte, a ordem de *habeas corpus*, para determinar ao Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ que, relativamente à pena imposta ao paciente Márcio Batista da Silva nos autos da Ação Penal 0003365.51.2005.8.19.0206, proceda ao novo cálculo da pena-base, eximindo-se de valorar eventuais inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado, e observando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como levando em consideração elementos concretos justificadores do *quantum* a ser fixado, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Brasília, 12 de maio de 2015.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

12/05/2015

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.266 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : MÁRCIO BATISTA DA SILVA
IMPTE.(S) : LUIZ CARLOS DA SILVA NETO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido nos autos do HC 90.415/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Consta dos autos, em síntese, que: (a) o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas, então previsto no art. 14 da Lei 6.368/1976; (b) inconformado, apelou para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso; (c) alegando ausência de fundamentação na dosimetria da pena-base, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

“(…)

1. Não há ilegalidade a ser reconhecida se a pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legal, mas abaixo do máximo, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 59 do Código Penal, de forma proporcional e razoável. Destacou-se que o paciente ocupa posição de liderança na organização criminosa, bem como possui antecedentes negativos.

2. Se a impetração admite que o paciente possuía condenação anterior transitada em julgado, e tal incidência não foi utilizada como agravante na segunda fase, nada impede que seja valorada na primeira fase de aplicação da pena, inexistindo *bis in idem*. Ademais, não há como avaliar a alegação de que o paciente não possui maus antecedentes se os autos não estão

HC 104266 / RJ

instruídos com sua folha penal.

3. Ordem denegada”.

Neste *habeas corpus*, o impetrante alega, em suma, que: (a) o STJ equivocou-se ao afirmar que a pena máxima prevista para o crime de associação para o tráfico previsto no revogado art. 14 da Lei 6.368/1976 seria de 10 anos, uma vez que, nos termos da jurisprudência do STJ e do STF, a sanção máxima para esse delito passou a ser de 6 anos de reclusão, à luz do art. 8º da Lei 8.072/1990; (b) o acórdão questionado incorreu em *reformatio in pejus* indireta, pois acrescentou como circunstâncias judiciais negativas a personalidade e a conduta social do paciente; (c) ações penais em curso não são elementos idôneos para exasperar a pena-base; (d) ao contrário do que afirmado pelo STJ, o paciente não detém outras condenações com trânsito em julgado, além desta que é objeto da impetração, tanto que as instâncias ordinárias reconheceram sua primariedade; (e) a pena-base fixada no máximo legal com fundamento apenas na culpabilidade viola o princípio da proporcionalidade. Requer, ao final, a concessão da ordem, para que seja aplicada uma reprimenda menor que a máxima prevista e, considerando o tempo de prisão, reconhecida a extinção da punibilidade do paciente.

O pedido de liminar foi indeferido.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

12/05/2015

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.266 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. Esta Corte já decidiu, reiteradas vezes, pela inviabilidade jurídica de se proceder, na via estreita do *habeas corpus*, ao reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais, sendo autorizado apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades (HC 105.802, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 4/12/2012). No mesmo sentido, entre outros: HC 94125, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 6/2/2009; HC 102966 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 21/3/2012; HC 110390, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 22/10/2012.

No caso, a motivação exposta pelo magistrado sentenciante revela quadro, tanto de utilização de critério inidôneo (maus antecedentes), quanto de situação de arbitrariedade (excessiva apenação em relação ao vetor da culpabilidade).

2. Eis o que consta da sentença condenatória:

“Inicialmente, em virtude de ainda haver divergência jurisprudencial em relação ao quantitativo da pena para o delito em comento, registro que será seguido o entendimento vigente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo o qual a norma prevista no artigo 14 da Lei 6368/76 foi derogada pela norma do artigo 8º da Lei 8072/90.

(...)

Primeiro réu (Marcio Batista da Silva):

Atentando para as diretrizes do art. 59 do Código Penal, ressalta sua posição de liderança do grupo, uma vez que era quem comandava as ações, bem como seus péssimos antecedentes, eis que possui extensíssima folha penal na qual

HC 104266 / RJ

constam várias anotações de homicídio e tráfico de drogas (cf. fl. 100), **recomendando a fixação da pena-base em seu máximo legal**. Fixo-lhe, assim, a pena-base em seis anos de reclusão, pena esta que torno definitiva na ausência de demais causas de aumento ou diminuição a considerar”.

3. De início, tem razão o impetrante quando argumenta que a pena máxima a ser considerada, no caso, para o delito de associação para o tráfico então previsto no art. 14 da Lei 6.368/1976 é aquela estabelecida no art. 8º da Lei 8.072/1990, ou seja, 6 anos de reclusão, e não a de 10 anos imposta na antiga Lei de Drogas. É que esse foi, bem ou mal, o parâmetro utilizado pelo magistrado de primeiro grau para sentenciar, de modo que não cabe a esta Corte, em sede de *habeas corpus*, desconsiderá-lo em prejuízo à esfera jurídica do réu. De qualquer forma, cumpre registrar que esse critério já foi chancelado pela jurisprudência desta Corte: HC 68793, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ 06-06-1997, REPUBLICAÇÃO: DJ 27-06-1997; HC 72862, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, DJ 25-10-1996; HC 73119, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 19-04-1996; HC 83017, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJ 23-04-2004, este último assim ementado, no que importa:

“(…) Também encontra amparo remansoso na jurisprudência deste excelso Tribunal a argumentação do impetrante no sentido da derrogação do art. 14 da Lei nº 6.368/76, que, embora ainda em vigor, teve sua pena alterada pelo art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, passando ao limite máximo de seis anos (HCs 68.793 e 72.862)”.

4. Estabelecida essa premissa - a de que o paciente fora condenando à pena máxima cominada ao delito que lhe foi imputado -, torna-se evidente a ilegalidade da reprimenda fixada.

HC 104266 / RJ

5. Em primeiro lugar, na parte em que se considerou desfavorável a existência de processos judiciais em curso, a sentença condenatória está em dissonância com o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.054 RG – Tema 129, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 17/12/2014, o qual firmou a tese de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Por outro lado, é inviável na via do *habeas corpus* averiguar se o paciente é ou não reincidente, tal como referiu o Superior Tribunal de Justiça, porque dessa informação não se utilizou o magistrado sentenciante, que se limitou a afirmar que o paciente era portador de “péssimos antecedentes, eis que possui extensíssima folha penal na qual constam várias anotações de homicídio e tráfico de drogas”. Assim, impõe-se a concessão da ordem para que o juízo da execução apresente fundamentação jurídica adequada, eximindo-se de valorar, sob qualquer pretexto, registros criminais sem trânsito em julgado.

6. Rechaçada a incidência dos maus antecedentes, cumpre examinar a outra circunstância judicial invocada: culpabilidade. A dosimetria da pena, como se sabe, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, uma adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que deve se basear. No ponto, cabe referir aos critérios de fixação da pena estabelecidos pela remansosa jurisprudência desta Corte, enunciados de maneira magistral em voto do Ministro Celso de Mello, no HC 101118, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 27-08-2010:

“(...) **Se é certo**, de um lado, **que nenhum** condenado **tem** direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, **não é menos exato**, de outro **tal como já advertiu** esta Suprema Corte (**HC 71.697/GO**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, **que não se mostra lícito**, ao magistrado

HC 104266 / RJ

sentenciante, proceder a uma especial exacerbação da pena-base, exceto se o fizer em ato decisório adequadamente motivado, que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação (HC 96.590/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz.

(...)

É por isso que o Supremo Tribunal Federal, tendo presente o magistério da doutrina (INÁCIO DE CARVALHO NETO, Aplicação da Pena, 2ª ed., 2003, Forense; MIGUEL REALE JÚNIOR, Instituições de Direito Penal Parte Geral, p. 405/429, itens ns. 5.1 a 5.9, 3ª ed., 2009, Forense; RENÉ ARIEL DOTTI, Curso de Direito Penal Parte Geral, p. 512/516, itens ns. 6 a 17, 2ª ed., 2004, Forense; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, Código Penal Comentado, p. 216/221, 4ª ed., 2007, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, p. 381/402, 8ª ed., 2008, RT; ROGÉRIO GRECO, Código Penal Comentado, p. 127/130, 2ª ed., 2009, Impetus) firmou jurisprudência (HC 88.261/DE, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.) no sentido de que a operação de dosimetria penal, longe de constituir um exercício de puro arbítrio judicial, deve apoiar-se, ao contrário, em fundamentação juridicamente idônea e que atenda à exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição, notadamente se a sentença condenatória houver fixado a pena em seu máximo legal (HC 87.263/MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) ou, tal como ocorreu na espécie, em limite muito próximo ao grau máximo legalmente cominado.

(...)

Vê-se, portanto, que, mais do que motivar a exacerbação da pena, a partir da observância de *padrões de racionalidade atributivos* de coerência lógica à decisão condenatória, impõe-se que o ato decisório também revele fatores concretos cuja

HC 104266 / RJ

realidade objetiva - **materializando** as referências *meramente abstratas* da lei - **permita justificar** a especial exasperação do *quantum* penal.

É por esse motivo que esta Suprema Corte, **pronunciando-se** sobre esse específico aspecto da questão, **já advertiu** que *'A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, **garantia constitucional do condenado** (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) -, **não se satisfaz** com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: **a fundamentação há de explicitar a sua base empírica** e essa, de sua vez, **há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar'** (RTJ 143/600, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)".*

Desse modo, ainda que se levasse em conta apenas o fundamento alusivo à *posição de liderança que o paciente exercia sobre o grupo*, mesmo assim não haveria razão plausível para a multiplicada exacerbação da pena-base (patamar máximo). Vê-se, claramente, que a sentença não atendeu adequadamente aos requisitos de coerência interna, de proporcionalidade e de equilíbrio em suas avaliações fáticas à luz do princípio da individualização da pena. Desse modo, e considerando a jurisprudência do STF, tem-se, certamente, situação reveladora de ilegalidade aferível sem necessidade de revolvimento de fatos e provas.

7. Ante o exposto, concedo, em parte, a ordem de *habeas corpus*, para determinar ao Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ que, relativamente à pena imposta ao paciente Márcio Batista da Silva nos autos da Ação Penal 0003365.51.2005.8.19.0206, proceda ao novo cálculo da pena-base, eximindo-se de valorar eventuais inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado, e observando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como levando em consideração elementos concretos justificadores do *quantum* a ser fixado. É o voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 104.266

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) : MÁRCIO BATISTA DA SILVA

IMPTE.(S) : LUIZ CARLOS DA SILVA NETO

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, para determinar ao Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ que, relativamente à pena imposta ao paciente Márcio Batista da Silva nos autos da Ação Penal 0003365.51.2005.8.19.0206, proceda ao novo cálculo da pena-base, eximindo-se de valorar eventuais inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado, e observando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como levando em consideração elementos concretos justificadores do *quantum* a ser fixado, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. **2ª Turma**, 12.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira
Secretária