

**HABEAS CORPUS Nº 513.940 - MS (2019/0161356-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : FILIPE SANTOS DUMBA (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FILIPE SANTOS DUMBA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no julgamento da Apelação Criminal n. 0001912-35.2018.8.12.0020.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, e do art. 180, *caput*, do Código Penal.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem, deu provimento parcial aos recursos a fim de redimensionar a reprimenda para 8 (oito) anos, 4 (quatro) meses e 37 (trinta e sete) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a pena-base estabelecida acima do mínimo legal seria desproporcional, razão pela qual deveria ser revista.

Requer, ao final, o redimensionamento da reprimenda.

O Ministério Público Federal, às fls. 420-426 (e-STJ), manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que diz respeito à aplicação da pena-base, cumpre destacar que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os

excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Quanto à aventada ilegalidade, para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria procedida pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 410):

*"Ademais, argumenta o Parquet que as circunstâncias do crime de tráfico de drogas em relação a ambos acusados são desfavoráveis, uma vez que agiram em concurso de pessoas, de modo a garantir maior eficácia ao exaurimento do delito.*

*Nesse caso, entendo que realmente merece valoração referida circunstância judicial, pois ainda que o concurso de agentes não tenha sido fator determinante para a prática delitiva, este possibilita maior probabilidade no exaurimento do crime, merecendo, assim, maior reprovação no caso concreto.*

*Do mesmo modo, assiste razão ao Parquet no tocante à necessidade de maior exasperação da pena-base pela preponderância da circunstância judicial do art. 42, da Lei n. 11.343/06, sobretudo, a relevante quantidade da droga apreendida, porquanto os acusados transportavam consigo 457 kg (quatrocentos e cinquenta e sete quilogramas) de maconha.*

*Observa-se que o magistrado sentenciante exasperou apenas 06 (seis) meses da pena-base em razão da quantidade da droga apreendida com os acusados, consistente no montante de aproximadamente meia tonelada de entorpecentes, o que não se mostra proporcional, considerando que referida quantidade é indubitavelmente elevada, possibilitando uma maior disseminação das drogas na sociedade.*

*No que se refere às circunstâncias do crime de receptação, sustenta o Parquet que estas são negativas aos acusados, mormente ao valor monetário do veículo receptado, merecendo maior reprovação da conduta dos réus.*

*Com efeito, entendo que o elevado valor do bem receptado autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime, pois a lesividade aos bens mais onerosos extrapola o tipo penal. No caso, os apelados receptaram um automóvel de valor econômico manifestamente elevado para transportar drogas, demonstrando maior gravidade de suas condutas."*

No tocante às **circunstâncias do crime**, mostra-se insuficiente a

fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias para valorar negativamente tal vetorial, em relação ao crime de tráfico, uma vez que a simples existência do concurso de agentes, não se presta à exasperação da pena-base.

Por outro lado, em relação ao crime de receptação, tal vetor foi justificado pelo valor expressivo do bem receptado, o que constitui elemento concreto e idôneo para legitimar a elevação da reprimenda, não se vislumbrando manifesta ilegalidade na decisão atacada.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. NECESSIDADE DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO.*

*PERSONALIDADE. VALORAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEVADO VALOR DA RECEPTAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.*

*Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.*

*3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processo penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

*4. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou*

*personalidade do agente.*

*5. Outrossim, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.*

*6. No caso, as instâncias ordinárias expressamente justificaram a valoração negativa dos antecedentes e da personalidade com base em condenações sem trânsito em julgado e fatos cuja pretensão punitiva prescreveu-se, o que denota flagrante ilegalidade, consoante demonstrado supra, sendo, pois, inviável sua utilização como fatores de incrementação da pena-base.*

*7. No que tange às consequências do crime, não há reparos no acórdão impugnado a realizar. O valor do bem receptado de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) é de alta monta, indo além da mera descrição típica, sendo, pois, motivação idônea a aumentar a pena-base.*

*8. Há, portanto, uma circunstância judicial a ser valorada na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo), fazendo-a incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de receptação (3 anos), resultaria no acréscimo de 4 meses e 15 dias à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 1 ano, 4 meses e 15 dias de reclusão, que se torna definitiva. Entretanto, como a pena dosada pelo Tribunal foi de apenas 1 ano e 4 meses, deve ser esta mantida, do pena de violação da regra non reformatio in pejus.*

*9. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*

*10. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Nesse diapasão, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto. 11. Não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto as circunstâncias judiciais foram valoradas desfavoravelmente, o que vai de encontro ao requisito exigido pelo art. 44, III, do Código Penal.*

*12. Não se observa ilegalidade no cumprimento provisório da pena privativa de liberdade. Isso porque Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE*

# Superior Tribunal de Justiça

964.246/SP, Rel.

Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP. Outrossim, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

13. Habeas corpus não conhecido.

(HC 417.014/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018)

Nesse contexto, impositiva a reforma do acórdão reprochado, quanto ao ponto, reduzindo-se a pena base, tão somente, em relação ao crime de tráfico.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, de conformidade com o art. 654, § 2º, do CPP, a fim de afastar a vetorial referente às circunstâncias do crime, em relação ao delito de tráfico de drogas, devendo a pena ser redimensionada pelo juízo competente, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi  
Relator