



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.401 - MG (2015/0153268-9)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : FLAVIA OLIVEIRA RAMOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MATEUS BATISTA PEREIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. NÃO CABIMENTO. QUANTIDADE DE PENA. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. De acordo com a orientação jurisprudencial firmada neste Tribunal, "a existência de condenações anteriores transitadas em julgado podem justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de *bis in idem*." (HC 190.060/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015).

4. Caso em que a fixação da pena-base pela prática do crime de tráfico de drogas acima do mínimo legal (6 anos) decorreu da valoração negativa de seus antecedentes criminais.

5. Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

6. Hipótese em que o juiz sentenciante, seguido pelo Tribunal de origem, não aplicou a minorante, porque não preenchidos os seus requisitos, uma vez que o paciente não possui bons antecedentes.

7. Quantidade de pena aplicada que obsta a substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

9. *In casu*, o juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda arrimado naquele dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, enquanto o Tribunal *a quo* manteve aquela orientação com base na hediondez do ilícito.

10. Necessidade de avaliar, à luz do novel entendimento, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o juízo de primeiro grau avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de novembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.401 - MG (2015/0153268-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de MATEUS BATISTA PEREIRA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Interposto recurso de apelação, foi desprovido (fls. 35/40).

No presente *writ*, o impetrante aponta constrangimento ilegal diante da não aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que traria reflexos na dosimetria da pena e no regime prisional.

Alega que o fato de o paciente ter antecedentes criminais não é bastante para concluir que se dedica a atividades criminosas e afastar a figura do tráfico privilegiado.

Insurge-se, também, contra a primeira etapa da dosimetria da pena, uma vez que apenas uma circunstância judicial foi considerada desfavorável, sustentando, ainda, que a quantidade de droga apreendida era pequena: 20,14 gramas de *crack*.

Afirma que o regime prisional foi fixado com base na hediondez do delito e que, caso seja redimensionado o apenamento, fará jus a regime inicial diverso do fechado bem como à substituição da pena.

Pede, liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem em favor do paciente "para fazer cessar o constrangimento ilegal gerado pela AUTORIDADE COATORA quando deixou de aplicar **a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, e por conseguinte realizou equivocadamente a dosimetria da pena, fixando por fim regime inicial fechado**" (fl. 22).

Liminar indeferida (fls. 52/53).

Informações prestadas às fls. 59/71.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 78/81).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.401 - MG (2015/0153268-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Quanto à dosimetria da pena, observo que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, por força do referido preceito normativo, no momento da fixação da reprimenda prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga, além da personalidade e a conduta social do agente.

No caso dos autos, o sentenciante fixou a pena-base do paciente acima do mínimo legal (6 anos), sob a seguinte fundamentação (fls. 31/32):

Analizando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, tem-se que:
A culpabilidade é inerente ao crime em tela, portanto, deixo de valorá-la.
No que tange aos seus antecedentes, cuja melhor exegese é no sentido de que somente devem ser consideradas as condenações definitivas por fatos anteriores que não induzam reincidência, é de ver-se que há nos atos registros de processos nessas condições. Por isso, considero desfavorável ao acusado esta circunstância.
Quanto à conduta social, verifico que não foram apurados dados concretos que permitam a valoração negativa de tal circunstância.
Em sentido semelhante, me relação à personalidade, faltam dados concretos que permitam sua apreciação.
Quanto aos motivos, são inerentes ao delito, portanto deixo de valorá-los.
Em relação às circunstâncias, são inerentes ao crime em tela, portanto, considero favorável.
Quanto às consequências do delito, não há nos autos elementos suficientes para considerá-las negativamente.
Por fim, em se tratando de crime contra a saúde pública, não há se falar em comportamento da vítima para a prática do delito em questão.
Por outro lado, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, consoante seu art. 42, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente são fatores preponderantes sobre aqueles indicados no art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando, portanto, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, além daquelas indicadas no art. 42 da Lei de Drogas, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, 06 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa.

A Corte estadual, por sua vez, manteve aquele patamar, valendo-se das razões abaixo transcritas (fls. 68/69):

Após análise do critério trifásico de aplicação da pena, as reprimendas restaram fixadas em patamares adequados e necessários, não sendo possível reduzi-los. Cabe ao juiz sentenciante analisar as circunstâncias do art. 59 do CP para fixar a pena-base, respeitando o art. 68 do mesmo diploma legal.

E, *in casu*, não vislumbro nenhum exagero na fixação das penas. O culto magistrado acertou em considerar em desfavor do apelante os maus antecedentes, aumentando 1 ano de reclusão e 100 dias-multa na pena-base mínima.

Ademais, o patamar estabelecido - 6 anos de reclusão e 600 dias-multa - não pode ser considerado um exagero. A pena prevista para o crime de tráfico de drogas varia de 5 a 15 anos de reclusão. Faz parte do juízo discricionário do magistrado indicar o aumento da pena em razão da existência de circunstância desfavorável, tendo o magistrado a quo elevado apenas um pouco a reprimenda, de maneira proporcional à análise desfavorável de duas circunstâncias judiciais (maus antecedentes e circunstâncias do crime).

De acordo com a orientação jurisprudencial firmada nesta Corte, "a existência de condenações anteriores transitadas em julgado podem justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de *bis in idem*." (HC 190.060/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015).

Acerca do tema, conferir, ainda: HC 324.443/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015, e HC 285.697/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015.

Assim, fundamentada adequadamente a fixação da pena-base em 1 ano acima do mínimo legal, a partir da prevalência das circunstâncias judiciais desfavoráveis, em obediência ao disposto nos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, inexistente arbitrariedade ou desproporcionalidade, considerada a pena cominada para o delito (5 a 15 anos de reclusão).

Por outro lado, para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

In casu, o juiz sentenciante, seguido pelo Tribunal de origem, não aplicou a referida minorante, porque não preenchidos os seus requisitos, uma vez que o paciente não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possui bons antecedentes.

Assim, estando as decisões ordinárias em consonância com o estabelecido no referido dispositivo legal, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Em face da quantidade de pena aplicada, o paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Atinente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, o juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda arrimado naquele dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, enquanto o Tribunal *a quo* manteve aquela orientação com base na hediondez do ilícito (fls. 15 e 44).

Tal constatação denota a necessidade de avaliar, à luz do novel entendimento, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, pois as instâncias ordinárias não procederem "à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (HC 300.544/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus* e CONCEDO a ordem, de ofício, tão somente para determinar que o juízo de primeiro grau avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, superada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0153268-9

HC 328.401 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00420047329 10042130047329001 420047329

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FLAVIA OLIVEIRA RAMOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MATEUS BATISTA PEREIRA (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.