



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.966 - SP (2016/0255642-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THOMAS HENRIQUE DA SILVA GOMES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Para 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 a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que o paciente é portador de maus antecedentes, de rigor a não aplicação da benesse.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. No caso, verifica-se que há fundamentação para a fixação do regime fechado, porquanto, o paciente é portador de maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, motivo pelo qual também não foi reconhecido o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Dessa forma, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso.

5. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.966 - SP (2016/0255642-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THOMAS HENRIQUE DA SILVA GOMES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de THOMAS HENRIQUE DA SILVA GOMES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000625-61.2015.8.26.0599.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 156/178).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido pelo Tribunal *a quo* (fls. 254/261).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado na fração máxima de 2/3, pois *restou provado que o paciente é primário, bem como possui bons antecedentes, já que sua condenação definitiva por tráfico se deu, de acordo com a certidão acostada às fls. 106, posteriormente ao cometimento do crime no presente caso. Assim sendo, tal condenação não poderá ser utilizada para efeito de maus antecedentes criminais.* Ressalta, ademais, que *não há nenhuma prova ou indício de que o paciente integre organização criminosa e a natureza da droga e a quantidade de droga não impedem a aplicação da causa de diminuição, pois, caso assim quisesse o legislador, haveria tal ressalva expressa no art. 33, §4º da Lei nº 11343/06* (fls. 4/5).

Uma vez reduzida a pena aplicada ao paciente, faz jus ao regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 44 do CP.

Por fim, tendo em vista o período que o paciente permaneceu custodiado preventivamente, sustenta ser possível a progressão para o regime mais brando, aplicando-se ao caso o disposto no art. 387 do CPP e no enunciado n. 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, após o cumprimento de 1/6 da pena, por não se tratar de crime hediondo, nos termos do entendimento recentemente firmado pelo Pretório Excelso, no julgamento do HC 118.533.

Diante disso, pede, liminarmente, a fixação de regime mais brando e, no mérito, que incida o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, que seja fixado regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como aplicada a detração antes do trânsito em julgado, permitindo-se a progressão de regime.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 273/275.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 319/321, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO, DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS DE RECLUSÃO E QUE OSTENTA CONDENÇÃO DEFINITIVA POR CRIME PRETÉRITO. FATORES IMPEDITIVOS DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA E DA FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO OU PELA DENEGAÇÃO DO WRIT.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.966 - SP (2016/0255642-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Em relação à redutora, para 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 a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Veja o que foi consignado pelo Tribunal local para manter o afastamento da redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (fl. 259):

Não era mesmo o caso de se conceder o redutor de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, por conta do envolvimento da condenação definitiva demonstrada pela certidão trazida a fls. 106. À vista de expressa disposição legal, a redução de pena é cabível apenas a réus que detenham bons antecedentes, e a condenação pretérita — também por crime de tráfico de drogas — faz incabível o reconhecimento do benefício, por falta de atendimento aos requisitos legais.

Dessa forma, não preenchendo os requisitos do supracitado artigo, tendo em vista que o paciente é portador de maus antecedentes, de rigor a não aplicação da benesse.

Ademais, ao contrário do que sustenta a defesa, esta Corte tem entendimento reiterado no sentido de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. DUPLA REINCIDÊNCIA. AUMENTO DE 3/10 (TRÊS DÉCIMOS). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

I - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base.

(...)

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 723.424/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. (I) - REDUÇÃO PELO AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE DUAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RAZÕES DISSOCIADAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. (II) - VETORIAL DOS MAUS ANTECEDENTES. CRIME PRATICADO ANTES DOS FATOS EM APURAÇÃO, MAS COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME DEBATIDO NOS AUTOS. CABIMENTO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. (III) - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. (IV) - QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. VIOLAÇÃO AO ART. 61, II, "G", DO CP. (I) - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. (II) - FUNCIONÁRIO TERCEIRIZADO. FUNÇÃO PÚBLICA. EQUIPARADO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. AFRONTA AOS ARTS. 44 E 45, AMBOS DO CP. PENA PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. A condenação por crime anterior, mas com trânsito em julgado posterior à nova prática delitiva, justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste Sodalício.

(...)

8.Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 808.841/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016) - grifei.

Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, verifica-se que há fundamentação para a fixação do regime fechado, porquanto, o paciente é portador de maus antecedentes, motivo pelo qual também não foi reconhecido o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Dessa forma, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso.

Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0255642-2

HC 372.966 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006256120158260599 2016000439379 20605731420168260000 226015 22602015
42215 4222015 6256120158260599 74642015

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: THOMAS HENRIQUE DA SILVA GOMES

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

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.