



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.952 - SP (2016/0101579-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER APARECIDO INEZ DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA N. 444/STJ. INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE DO REDUTOR LEGAL DE QUE CUIDA O § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO. REGIME PRISIONAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS. ILEGALIDADE PATENTE CONSTATADA.

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *habeas corpus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. *"Em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, como na espécie, não se prestam a majorar a pena-base, a título de indicador de maus antecedentes, de conduta social negativa ou de a personalidade do agente ser voltada para o crime. Inteligência do enunciado sumular n. 444 do STJ, segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". [...] (REsp 1544856/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016) .*

3. Com o afastamento da vetorial negativa dos maus antecedentes e tendo sido este o fundamento adotado pela Corte de origem para obstar a aplicação do redutor legal é indene de dúvidas que o paciente faz jus à concessão do benefício, tendo em vista, ainda, que não integra organização criminosa, bem como não fora sopesada a dedicação a atividades criminosas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Considerando o *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade do paciente, e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, já que afastado os maus antecedentes, deve ser concedido ao paciente o regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

5. Afastada a hediondez ou a gravidade abstrata do crime como critério para obstar a substituição das penas e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão das penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e assegurar o seu cumprimento em regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro não conhecendo do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício em maior extensão, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, não conhecer da impetração, mas conceder ordem de ofício em maior extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencido, neste ponto, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que concedia a ordem em menor extensão. Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 17 de novembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.952 - SP (2016/0101579-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER APARECIDO INEZ DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido de liminar, impetrado em favor de VAGNER APARECIDO INEZ DA SILVA, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, bem como negada a conversão da pena reclusiva em restritiva de direitos.

Interposta apelação, foi negado provimento ao recurso.

Sustenta a impetrante, em suma, a necessidade de descon sideração do aumento aplicado à pena-base em razão de maus antecedentes (folha de antecedentes crimina is), de aplicação do redutor legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, de fixação do regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, bem como o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 43/44, tendo as informações sido prestadas às fls. 54/74 e 76/120.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 123/129 pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.952 - SP (2016/0101579-3)

VOTO VENCIDO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Como visto, o paciente foi condenado pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, conforme os seguintes termos:

O réu apresenta antecedentes criminais, eis que já foi condenado pela prática de roubo (fls. 47), motivo pelo qual fixo a pena base acima do mínimo legal em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fl. 19).

Observa-se que o juiz *a quo* fixou a pena-base do delito acima do mínimo legal, considerando como circunstância judicial desfavorável os antecedentes do paciente (fls. 33/37 - folha de antecedentes criminais).

Primeiramente, assiste razão ao impetrante quanto aos antecedentes do paciente, porquanto, não havendo notícia de condenação definitiva em desfavor do réu, sendo noticiadas tão somente ações penais em curso, não há que se sopesar tal circunstância judicial como desfavorável, conforme os termos da Súmula 444/STJ.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o julgador considerou "expressivo o grau de culpabilidade" - o qual se refere à maior ou menor reprovabilidade da conduta delituosa - porque os pacientes percorreram "longo iter", elemento inerente à forma consumada do furto, já analisado na tipificação da conduta dos agentes.

2. A "reprovável conduta social" dos pacientes diante da notícia da prática de atos infracionais e de processo em curso também não configura fundamento válido para o agravamento da pena-base, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.

3. ***Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.***

[...]

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena dos pacientes a 2 anos e 6 meses de reclusão (HC 224.037/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015).

Nesse contexto, deve o paciente ser considerado tecnicamente primário, porquanto, como visto, não consta da certidão acostada aos autos (fl. 33/37) nenhuma condenação com trânsito em julgado, devendo a pena-base ser reduzida ao mínimo legal.

No que concerne à negativa de aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, eis o seguinte trecho extraído da sentença, posteriormente mantido pelo acórdão ora recorrido:

Não há que se falar na incidência do disposto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que o réu possui maus antecedentes, consoante acima mencionado (fls. 19).

De início, cumpre esclarecer que para a aplicação do privilégio, contido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, impõe-se ao agente a primariedade, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Como visto, com base apenas na equivocada valoração negativa dos antecedentes criminais do paciente, o Tribunal de origem vedou a aplicação da mencionada minorante,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistindo qualquer referência à eventual dedicação a atividade criminosa.

Assim, afastados os maus antecedentes, preenchidos, portanto, todos os requisitos legais acima mencionados, não há como se afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Nesse sentido, eis o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

I - A prescrição da pretensão punitiva é causa de extinção da punibilidade do réu condenado a 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, que, ao tempo do crime era menor de 21 (vinte e um) anos, haja vista que transcorrido desde a sentença condenatória o prazo prescricional de 2 anos, aplicável à hipótese.

II - As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas podem ser utilizadas "na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem" (RHC n. 117.990/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 5/6/2014), segundo decidido pelo eg. Supremo Tribunal Federal.

III - Os elementos do caso concreto não evidenciam a dedicação a atividade criminosa, nem a participação em organização criminosa, o que, somado ao fato de que os réus são primários e não registram maus antecedentes, autorizam a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 1/2 (um meio).

IV - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto é de regra desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, c, e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

V - A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal.

Agravo regimental do réu provido e desprovido o da acusação.

(AgRg no REsp 1377797/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 29/02/2016 - grifos).

Passo, então, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, devem os antecedentes do paciente ser considerados bons, nos termos da Súmula 444/STJ, fixando-se a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

500 dias-multa.

Na segunda fase, não havendo atenuantes e agravantes, mantenho a sanções nesse patamar.

Quanto à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando-se a natureza da droga apreendida (cocaína), aplico o redutor no patamar de 1/2, tornando a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, compulsando o acórdão impugnado, verifica-se que foi estabelecido o regime mais gravoso com base não apenas nos maus antecedentes, ora afastados, mas também pela natureza da droga, nos termos da jurisprudência desta Corte.

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. Na hipótese dos autos, diante da expressiva quantidade de droga apreendida - 34kg (trinta e quatro quilos) de maconha -, a decisão agravada restabeleceu a sentença condenatória que fixou o patamar de 1/2 (metade) para aplicação da causa de diminuição de pena, bem como estabeleceu o regime prisional mais gravoso e indeferiu o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1376334/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 29/08/2014).

Por outro lado, tendo em vista a redução da pena ora implementada, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos – 2 anos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6 meses – cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENADO PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO DO ART. 44, III, DO CP NÃO PREENCHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. **O paciente não reincidente, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, mas com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (natureza altamente lesiva da droga apreendida - crack), deverá cumprir a pena no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do CP.**

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenchido o art. 44, III, do CP, haja a vista "o comércio de espécie de droga de altíssimo poder destrutivo - crack ", que "dava-se há vários meses".

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 308.543/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. ART. 33, § 2º, b e § 3º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Ao paciente não reincidente, com circunstâncias judiciais desfavoráveis, condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão é possível a fixação do regime inicial semiaberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. No caso, o paciente, primário, teve a pena-base fixada acima do piso legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - 7 g de crack fracionadas em 25 (vinte e cinco) pedrinhas -, posteriormente reduzida na razão de 1/3 (um terço), ainda assim foi estabelecido o regime inicial fechado sem a indicação de dados concretos, além daqueles já considerados na primeira fase da dosimetria.

4. O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é concedido quando atendidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

5. O paciente não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, tendo em vista a vedação do inciso III do art. 44 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da sanção imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n. 001/2.13.0008204-4, da 1ª Vara Criminal do Foro Regional Restinga da Comarca de Porto Alegre/RS (HC 319.982/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

Nesse contexto, com a redução das penas a patamar não superior a 4 anos, reduzida a pena-base ao mínimo legal, sendo consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, restam preenchidos os requisitos legais do art. 44 do CP, inexistindo óbice à concessão da substituição das penas ao paciente.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo de ofício a ordem para reduzir as penas a 2 anos e 6 meses, de reclusão, e 250 dias-multa, em regime semiaberto, bem como para substituir as penas reclusivas por restritivas de direitos a serem definidas pelo juízo das execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0101579-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 353.952 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00421895220146260050 20150000907372 421895220146260050

EM MESA

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VAGNER APARECIDO INEZ DA SILVA (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido, mas concedendo a ordem de ofício, pediu vista o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Aguardam os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.952 - SP (2016/0101579-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER APARECIDO INEZ DA SILVA (PRESO)

VOTO-VISTA
VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito de tráfico de drogas – art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, bem como lhe foi negada a conversão da pena reclusiva em restritiva de direitos, **porque ao ser abordado por Policiais Civis trazia consigo, para consumo de terceiros, 3 (três) "ependorfs" de cocaína, com peso aproximado de 2,0g.**

Na presente impetração busca-se, em suma:

- a) descon sideração do aumento aplicado à pena-base em razão de maus antecedentes (folha de antecedentes crimina is);
- b) aplicação do redutor legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06;
- c) fixação do regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedi vista dos autos para melhor reexame das questões.

No que concerne à fixação da pena-base, colho da sentença condenatória os seguintes excertos, no que interessa à fixação da pena-base, os quais foram ratificados pelo acórdão impugnado (e-STJ fl. 19):

O réu apresenta antecedentes crimina is, eis que já foi condenado pela prática de roubo (fls. 47), motivo pelo qual fixo a pena base acima do mínimo legal em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se nota, a pena-base foi afastada em 10 meses do mínimo legal, em razão, apenas, da consideração negativa da circunstância judicial dos maus antecedentes do paciente, consistente na condenação pelo crime de roubo.

Notadamente, tal assertiva não deve prevalecer, tendo em vista que é assente no âmbito desta Corte o entendimento de que para a configuração negativa da referida vetorial é de mister que haja o trânsito em julgado de outra (s) condenação (es), não bastando a existência de inquéritos ou ações penais em curso, sob pena de violação ao Princípio da Presunção de Inocência.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA ADOLESCENTE. ART. 213, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. ART. 619 DO CPP. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA EM HARMONIA COM DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA N. 444 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PRECEDENTE EM HABEAS CORPUS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 83 DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. Em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, como na espécie, não se prestam a majorar a pena-base, a título de indicador de maus antecedentes, de conduta social negativa ou de a personalidade do agente ser voltada para o crime. Inteligência do enunciado sumular n. 444 do STJ, segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

[...] (REsp 1544856/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016 - grifei).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. SÚMULA 444 DESTA STJ. PENA REDUZIDA. REGIME INICIAL MODIFICADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações transitadas em julgado por fatos posteriores, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Exegese do enunciado 444 da Súmula deste STJ, verbis: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".

[...] (AgRg no AREsp 894.405/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 13/06/2016 - grifei).

Nesse contexto, o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse ponto, meu entendimento consoa com o do i. Relator, Ministro Nefi Cordeiro.

Isso estabelecido, no que tange à aplicação da causa de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, enfatizou o Tribunal de origem o seguinte (e-STJ fl. 31):

Na terceira fase restou inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que o réu possui maus antecedentes o que afasta a concessão do benefício.

Ora, com o afastamento da vetorial negativa dos maus antecedentes e tendo sido este o fundamento adotado pela Corte de origem para obstar a aplicação do redutor legal é indene de dúvidas que o paciente faz jus à concessão do benefício, tendo em vista, ainda, que não integra organização criminosa, bem como não fora sopesada a dedicação a atividades criminosas.

Outro não foi o entendimento do eminente relator, ao qual me alinho, contudo, não no patamar estabelecido, para o qual peço vênias para divergir e assim redimensionar a pena do paciente.

Na primeira fase, tenho como favoráveis as circunstâncias judiciais, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, **5 anos de reclusão**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausentes agravantes e atenuantes, mantenho a pena alhures fixada.

Inexistentes causas de aumento, reduzo a pena na fração máxima de 2/3, tendo em vista a satisfação de todos os requisitos exigidos pelo § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, para estabelecê-la em definitivo em **1 ano e 8 meses de reclusão**.

De outro ponto, dirijo também no que diz respeito ao regime prisional para o início do cumprimento da reprimenda.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, tendo-se determinado, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c/c o art. 59 da mesma norma.

No caso em exame, não vislumbro adequada a motivação utilizada pela Corte de origem para o estabelecimento de regime mais severo, no caso, o fechado.

Confira-se da fundamentação (e-STJ fl. 32):

O regime fechado impõe-se. A natureza da droga apreendida (cocaína) indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, o réu possui maus antecedentes o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Nos termos do enunciado n. 440 da Súmula do 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".

Nesse mesmo sentido, seguem os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, respectivamente:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

E, na espécie, considerando o *quantum* da condenação (**1 ano e 8 meses de reclusão**), a primariedade do paciente, e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, já que afastado os maus antecedentes, deve ser-lhe conferido o regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

Por fim, afastada a hediondez ou a gravidade abstrata do crime como critério para obstar a substituição das penas e preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão das penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem, de ofício, para, divergindo do relator, redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, e assegurar o seu cumprimento em regime aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0101579-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 353.952 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00421895220146260050 20150000907372 421895220146260050

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VAGNER APARECIDO INEZ DA SILVA (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro não conhecendo do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício em maior extensão, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da impetração, mas concedeu ordem de ofício em maior extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrará o acórdão. Vencido, neste ponto, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que concedia a ordem em menor extensão.

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.