SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.365 - GO (2009/0009940-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE	:	RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTROS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE	:	ROGÉRIO GUIMARÃES DE SOUZA

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. PRECEDENTES DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA DE MULTA. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. INOCORRÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Consoante jurisprudência prevalente nesta Corte, em respeito ao princípio da presunção de inocência, ações penais que resultaram em sentença extintiva de punibilidade não podem ser consideradas como maus antecedentes.

2. Não se presta a via do *habeas corpus* para a apreciação de questões que não digam respeito a eventual violação à liberdade de ir e vir do paciente, motivo pelo qual, é incabível discutir a redução do valor da multa aplicada ao paciente.

3. Ordem concedida em parte apenas para afastar o óbice dos maus antecedentes, determinando ao Tribunal de origem que refaça a aplicação da reprimenda, no tocante à possibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, analisando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do Código Penal e a fixação de outro regime inicial de cumprimento da pena. Precedente da Sexta Turma.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

HABEAS CORPUS Nº 126.365 - GO (2009/0009940-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE	:	RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTROS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE	:	ROGÉRIO GUIMARÃES DE SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Raimundo Lisboa Pereira e outros em favor de ROGÉRIO GUIMARÃES DE SOUZA, apontando como autoridade coatora a Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Apelação Criminal nº 34.155-6/213).

Consta dos autos que o paciente foi condenado por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 dias-multa. Ao realizar a individualização da pena, o juízo singular entendeu ser inaplicável a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 nos seguintes termos:

> Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/2006, visto ficar provado que o acusado ROGÉRIO GUIMARÃES DE SOUZA, vulgo "GU" estava vivendo do tráfico ilícito de Cocaína, guardando droga e objetos em sua residência para o traficante "MACARRÃO", e permitindo que o citado traficante refinasse Cocaína em sua residência, se dedicando, portanto, a atividade criminosa. (fl. 21)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem negou provimento em acórdão assim fundamentado, no ponto objeto da irresignação:

> Atinente a esta última fase, o apelante pretende ver reconhecida a causa especial de diminuição da pena nos moldes do art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06 que impõe três requisitos para a concessão desse benefício: que o agente seja primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organizações do crime.
>
> Quanto à primariedade, verifico a existência de informações nestes autos (fls. 163/164) de antecedentes criminais que noticiam o registro de, além do processo ora em tela, outro envolvendo o nome do apelante com incidência em crime de ameaça (art. 147 do Código Penal) com sentença de extinção de punibilidade, arquivado em 05/09/2005.
>
> Como não existe nenhum processo com sentença penal condenatória anterior transitada em julgado, em homenagem ao princípio constitucional da presunção da inocência, deve o apelante ser visto como tecnicamente primário.

> Também vale registrar que não consta nos autos provas cabais de que o apelante se dedique a atividades criminosas ou que integre organizações com tal finalidade, embora haja o magistrado sentenciante considerado o presente fato como de dedicação à atividade criminosa.
>
> Na minha visão, em face da informação criminal mencionada acima, entendo que o réu não preenche o requisito dos bons antecedentes.
>
> Acerca do tema, válidas as palavras de Inácio de Carvalho Neto:
>
> (...)
>
> Logo, os antecedentes penais constituem as condenações que o réu sofreu, as persecuções criminais contra ele intentadas e que se frustraram por ocorrência de alguma causa de extinção da punibilidade, ou os processos criminais ainda não findos.
>
> Em votos anteriores por mim relatados já expressei meu entendimento sobre o que vêm a ser, para o fim de aplicação da lei penal, "bons antecedentes", não raras vezes confundidos na prática com "primariedade" (Confiram-se "Apelação Criminal" n° 31.897-1/212; "Revisão Criminal" n° 1.128-7/221). Na minha visão, tal prática é injusta e até contrária ao princípio da isonomia, porque propicia dar o mesmo tratamento àquele que pela primeira vez delinquiu e àquele que tem registro de práticas delituosas embora sem nenhuma sentença condenatória transitada em julgado.
>
> A propósito invoco aqui julgados dos Tribunais Superiores coincidentes com o ponto de vista que defendo, colhido no Código Penal interpretado de Mirabete, 5ª Ed/2005. p. 454:
>
> (...)
>
> Diante da argumentação supra, entendo inaplicável, na hipótese, o benefício previsto no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, destinado a reencaminhar iniciantes na prática de crimes ao convívio social sadio. (fls. 28/30)

Os impetrantes alegam que é aplicável o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 ao paciente, "tendo em vista a análise das circunstâncias judiciais favoráveis, é a primeira vez que se vê envolvido em fato desta natureza, tem bom relacionamento social, conta com trabalho certo e família constituída" (fl. 8).

Sustentam que o paciente possui as circunstâncias do artigo 59 do CP e preenche os requisitos previstos para a aplicação da causa especial de diminuição, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo.

Pede, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para aplicação da causa especial de diminuição da pena e a redução da multa, tendo em vista sua condição econômica.

A liminar foi indeferida às fls. 45/46.

O Tribunal de origem prestou informações às fls. 79/92.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 94/98, pela concessão da ordem de *habeas corpus*, nos termos da seguinte ementa:

> HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º, ART. 33 DA LEI nº

11.343/06. DECISÃO QUE NÃO APLICOU A REDUÇÃO POR ENTENDER QUE SENTENÇA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE PODE SER CONSIDERADA COMO MAUS ANTECEDENTES. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 126.365 - GO (2009/0009940-8)

EMENTA

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. PRECEDENTES DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA DE MULTA. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. INOCORRÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Consoante jurisprudência prevalente nesta Corte, em respeito ao princípio da presunção de inocência, ações penais que resultaram em sentença extintiva de punibilidade não podem ser consideradas como maus antecedentes.

2. Não se presta a via do *habeas corpus* para a apreciação de questões que não digam respeito a eventual violação à liberdade de ir e vir do paciente, motivo pelo qual, é incabível discutir a redução do valor da multa aplicada ao paciente.

3. Ordem concedida em parte apenas para afastar o óbice dos maus antecedentes, determinando ao Tribunal de origem que refaça a aplicação da reprimenda, no tocante à possibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, analisando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do Código Penal e a fixação de outro regime inicial de cumprimento da pena. Precedente da Sexta Turma.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Pretende a presente impetração a reforma do édito condenatório na parte em que dosou a pena, para que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 seja fixada em seu patamar máximo, ou seja, em 2/3, já que não se pode considerar como maus antecedentes uma sentença penal extintiva de punibilidade. Requer ainda, a redução de multas prevista no referido artigo, para a menor possível, haja vista a condição econômica do paciente.

A Corte *ad quem*, embora tenha reconhecido que o paciente é primário, não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, entendeu inaplicável o beneficio previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão, tão-somente, de seus maus antecedentes, haja vista possuir um processo anterior onde a punibilidade foi declarada

extinta, tendo consignado no bojo do acórdão combatido, que:

> (...) os antecedentes penais constituem as condenações que o réu sofreu, as persecuções criminais contra ele intentadas e que se frustraram por ocorrência de alguma causa extintiva da punibilidade, ou os processos criminais ainda não findos.(fl. 29)

A negativa de redução fundamentada unicamente no fato de o paciente possuir maus antecedentes, tendo em vista a existência de sentença extintiva da punibilidade, não pode prevalecer.

E que, consoante jurisprudência prevalente nesta Corte, em respeito ao princípio da presunção de inocência, ações penais que resultaram em sentença extintiva de punibilidade não podem ser consideradas como maus antecedentes.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> HABEAS CORPUS. CONDUÇÃO DE VEÍCULO, NA VIA PÚBLICA, SOB O EFEITO DE ÁLCOOL. APLICAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO QUE NÃO SE PRESTAM PARA A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUE NÃO INCIDIU NO CASO. ALEGAÇÃO DESCABIDA SOBRE O TEMA. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Em respeito ao princípio constitucional da não-culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), as ações penais que resultaram em sentenças extintivas de punibilidade não podem ser tidas como maus antecedentes, assim como os inquéritos ou processos em andamento não servem para a valoração da personalidade do agente.
>
> .....
>
> (HC 95.466/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 16/11/2009)

> PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 15, CAPUT, DA LEI 10.826/03. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL HABITADO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM CERTIDÃO DE TERCEIRA PESSOA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REGIME CARCERÁRIO. ABERTO.
>
> SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.
>
> .....
>
> III - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, ações penais que resultaram em sentenças extintivas de punibilidade não podem ser consideradas como maus antecedentes para exacerbação da pena-base

> (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).
> .....
> (HC 127.358/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 05/10/2009)

Afastado, pois, o obstáculo (maus antecedentes) para negar a incidência da causa especial de diminuição, deve o Tribunal de origem manifestar-se sobre o ponto.

Em recente julgado, a Sexta Turma fixou tese no mesmo sentido:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO ANALISARAM O EVENTUAL PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
> 1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade.
> 2. Afastados os maus antecedentes do paciente, única condição apontada para negar-lhe a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, devem os autos ser remetidos ao Juízo de primeiro grau para que analise os demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em comento.
> 3. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar os maus antecedentes do paciente, determinando-se ao Juízo da 3ª Vara de Tóxicos de Belo Horizonte/MG que analise o eventual preenchimento pelo acusado dos demais requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 para o reconhecimento da minorante em questão.
> (HC 179.909/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 29/02/2012)

Quanto à pretendida redução do valor da multa aplicada ao paciente, necessário destacar que o *habeas corpus* constitui meio adequado para afastar ameaça ou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, conforme o disposto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e no art. 647 do CPP.

Assim, não se presta a via do *habeas corpus* para a apreciação de questões que não digam respeito a eventual violação à liberdade de ir e vir do paciente, motivo pelo qual não se conhecendo do *writ* nesse ponto.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PENA DE 7 ANOS DE RECLUSÃO E 700 DIAS-MULTA. REGIME INICIAL FECHADO.

REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. AUSÊNCIA DE RISCO A DIREITO DEAMBULATÓRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). MAUS ANTECEDENTES REGISTRADOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PARECER MINISTERIAL PELO PARCIAL CONHECIMENTO DO WRIT E, NESSA EXTENSÃO PELA SUA DENEGAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.

1. É incabível, na via do Habeas Corpus, afastar-se constrangimento cuja ilegalidade apontada não exponha a risco o direito deambulatório do paciente; na hipótese, portanto, a irresignação quanto ao valor da pena de multa arbitrado pelas instâncias ordinárias não merece conhecimento.

2. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa.

3. Ocorre que, no caso concreto, reconheceu-se ser o paciente detentor de maus antecedentes, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.

4. A alteração dessa conclusão exigiria, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise do tema por meio da via exígua do Habeas Corpus.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 181.308/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 28/03/2011)

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. Tendo a Corte originária indicado precisamente os elementos em que se fundava para chegar à conclusão condenatória quanto à prática do delito do art. 33 da Lei 11.343/06, impraticável a desclassificação da conduta para aquela do art. 28 da mesma legislação, por demandar o necessário cotejo fático-probatório, inviável na via estreita do remédio constitucional.

PENA DE MULTA. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. INOCORRÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Configura requisito inafastável para a ação de *habeas corpus* a existência de qualquer indício de ameaça de violência ou constrangimento à liberdade de ir e vir do paciente, não se conhecendo do writ nos casos em que tal pressuposto não for observado.

2. Além de a Corte Estadual não ter se manifestado acerca da pena de multa irrogada ao paciente, não seria sequer o caso de concessão da ordem de ofício para a redução dessa reprimenda, haja vista que não há qualquer risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena de multa, caso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, pelo que incabível o manejo de habeas corpus na hipótese.

> 3. Ordem não conhecida.
>
> (HC 129.842/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 23/08/2010)

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem,** apenas para afastar o óbice dos maus antecedentes, determinando ao Tribunal de origem que refaça a aplicação da reprimenda, no tocante à possibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, analisando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do Código Penal e a fixação de outro regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0009940-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 126.365 / GO**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12008 200705197446 200803478776 341556

EM MESA JULGADO: 24/04/2012

Relatora
Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAIMUNDO LISBOA PEREIRA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : ROGÉRIO GUIMARÃES DE SOUZA

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.