



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 550.775 - SP (2019/0367449-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : RAFAEL NONAKA DA SILVA E OUTRO  
**ADVOGADOS** : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946  
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WILLIANS SOARES BENEVIDES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ARTIGO 273, § 1º E § 1º-B, I e V, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DELITO SEM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INFRINGÊNCIA LEGAL QUE NÃO CONFIGURA REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Assim, 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*, por exigirem revolvimento probatório.
3. É desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que a infringência da referida norma legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e sua constitucionalidade está sendo debatida no STF.
4. Com maior razão, por ser o antecedente um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, é incabível, também, a utilização de condenação anterior pelo delito de posse de drogas a título de maus antecedentes, para aumentar a pena-base. Precedentes.
5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

### 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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2020 (data do julgamento)

**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 550.775 - SP (2019/0367449-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : RAFAEL NONAKA DA SILVA E OUTRO  
**ADVOGADOS** : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946  
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WILLIANS SOARES BENEVIDES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **WILLIANS SOARES BENEVIDES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 273, § 1-B, I e V, do Código Penal (e-STJ, fls. 556-577).

Interposta apelação, a Corte Estadual negou provimento ao recurso da defesa, mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos. O aresto restou acostado aos autos às fls. 734-745.

Neste *writ*, o impetrante sustenta ser indevida a utilização, como maus antecedentes, de “uma antiga condenação por posse de drogas para consumo próprio, com base no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a qual foi penalizada com pena de advertência, conforme certidão de antecedentes anexa” (e-STJ, fl. 6).

Aduz, para tanto, que este Superior Tribunal de Justiça entende que condenações anteriores por posse de drogas para consumo próprio não tem o condão de ensejar os efeitos da reincidência e nem mesmo dos maus antecedentes em crime doloso, muito menos no caso ora em debate, que se trata de crime totalmente diverso.

Pugna, assim, pelo afastamento dos maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável, com a readequação da pena imposta ao paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 894), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem ou por sua denegação (e-STJ, fls. 1004-1006).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 550.775 - SP (2019/0367449-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : RAFAEL NONAKA DA SILVA E OUTRO  
**ADVOGADOS** : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946  
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WILLIANS SOARES BENEVIDES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ARTIGO 273, § 1º E § 1º-B, I e V, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DELITO SEM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INFRINGÊNCIA LEGAL QUE NÃO CONFIGURA REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Assim, 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*, por exigirem revolvimento probatório.
3. É desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que a infringência da referida norma legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e sua constitucionalidade está sendo debatida no STF.
4. Com maior razão, por ser o antecedente um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, é incabível, também, a utilização de condenação anterior pelo delito de posse de drogas a título de maus antecedentes, para aumentar a pena-base. Precedentes.
5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):**

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão da apelação, respectivamente:

"[...] Com base nesse entendimento, passo a fixar a pena do réu Willians.

Na primeira fase de fixação da pena, observo que o réu possui maus antecedentes, pois já foi condenado, com trânsito em julgado, por crime de uso de drogas, conforme certidão de fls.313. Por isso, aumento a pena em 1/6, ficando a pena-base um pouco acima do mínimo, em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. Na segunda fase, incide a agravante da reincidência, conforme certidão de fls.284, razão pela qual deve a pena ser aumentada em 1/6, totalizando seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa. Na terceira fase, não há causa de aumento nem diminuição de pena, sendo inaplicável o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois a reincidência impede a causa de diminuição." (e-STJ, fls. 574-575).

"[...] A dosimetria penal também não comporta reparos.

Ao calcular a pena o MM. Juiz, com base em julgados do Superior Tribunal de Justiça, considerou ser excessiva aquela prevista no referido tipo penal em questão e invocou o princípio da proporcionalidade, utilizando como base para o cálculo o intervalo previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, que prevê penas de 05 a 10 anos de reclusão, mais pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Assim, considerando os maus antecedentes do réu (fls. 313), acrescentou 1/6 à pena e fixou a base em 05 anos e 10 meses de reclusão mais 583 dias-multa.

Na segunda fase foi computada a agravante da reincidência (fls. 284), e a pena sofreu novo acréscimo de 1/6, resultando 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão mais 680 dias-multa, no piso.

Não se aplica o §4º do aqrt. 33 da Lei 11.343/06 a quem possui maus antecedentes e é reincidente.

O regime inicial fechado foi eleito em razão dos maus antecedentes e da reincidência." (e-STJ, fl. 744).

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. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

*In casu*, verifica-se que a pena-base do paciente foi exasperada em 1/6 pelo reconhecimento dos maus antecedentes, em razão de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/2006.

Quanto aos maus antecedentes do paciente, cumpre destacar que ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, em recentes julgados, têm decidido que é desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que a infringência da referida norma legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e sua constitucionalidade está sendo debatida no STF (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/8/2018; HC 453.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/10/2018, DJe 15/10/2018).

Nesse contexto, passou-se a adotar o entendimento de que, com maior razão, por ser o antecedente um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, é incabível, também, a utilização de condenação anterior pelo delito de posse de drogas, a título de maus antecedentes, para aumentar a pena-base.

A seguir, trago à colação julgados que respaldam esse entendimento:

“AGRAVO REGIMENTAL *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. ANTECEDENTES DESFAVORÁVEIS. POSSE DE ENTORPECENTE. DECURSO DE LARGO LAPSO TEMPORAL. DESCONSIDERAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em que pesem os argumentos do Ministério Público sobre a impossibilidade de analisar o mérito do writ após evolução jurisprudencial no sentido de não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República, este Superior Tribunal de Justiça, nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, entende por deferir a ordem, ainda que de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, como na espécie. Conhecimento do *habeas corpus* mantido.

2. O Agravado possui duas condenações anteriores, a primeira pela prática do crime do art. 16 da Lei n.º 6.368/76, transitada em julgado em 28/12/2005, e a segunda pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, transitada em julgado em 26/01/2010.

3. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior posicionaram-se no sentido de que a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o número de condenações anteriores, a gravidade do fato pretérito e o lapso temporal transcorrido desde a prática criminosa.

**4. Ademais, a atual jurisprudência deste Tribunal Superior está firmada no sentido de que, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, punível com medidas muito mais brandas, não deve gerar tal efeito. Nesse passo, se a condenação não se presta para configurar reincidência, também não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável.

5. Dessa forma, adequado o decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o lapso temporal transcorrido entre o cometimento dos crimes e a data da prática do delito de tráfico de drogas em comento.

6. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 520.646/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 8/10/2019, DJe 21/10/2019, grifou-se);

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E DE RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA DAS PENAS. REDUÇÃO DAS PENAS-BASE. NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS POR CONDENAÇÃO ANTERIOR POR POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. DESPROPORCIONALIDADE. DECOTE DOS MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. NOVO MONTANTE DAS SANÇÕES ESTABELECIDO EM 6 ANOS DE RECLUSÃO E 600 DIAS-MULTA (TRÁFICO DE DROGAS) E 2 MESES DE DETENÇÃO (CRIME DE RESISTÊNCIA). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Consoante o entendimento firmado no REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Desse modo, se os efeitos da reincidência decorrentes de anterior condenação por posse de drogas para uso próprio devem ser afastados, com mais razão ainda, os relativos à circunstância judicial dos maus antecedentes, razão pela qual essa vetorial deve ser decotada das penas-base do paciente, para ambos os delitos.

- Relativamente à agravante da reincidência, no julgamento do HC n. 365.963/SP (Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 23/11/2017), a Terceira Seção dessa Corte pacificou entendimento no sentido de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

- Nova dosimetria das penas realizado, ficando as sanções estabelecidas em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 dias-multa - tráfico de drogas -, e 2 (dois) meses de detenção - crime de resistência -, mantidos os demais termos das condenações.

- Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC 520.151/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/9/2019, DJe 27/9/2019, grifei);

Nesse passo, resta evidenciada flagrante ilegalidade na primeira fase da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, da qual devem ser decotados os maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável ao réu.

Assim, afastados os maus antecedentes do réu, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, em 5 anos de reclusão. Na fase intermediária, reconhecida a agravante da reincidência e aplicado o aumento de 1/6, a pena fica estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão. Na terceira etapa, inexistindo causas de aumento ou diminuição de pena, fica a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0367449-6

**HC 550.775 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001806020178260603 1806020178260603 20190000823917

EM MESA

JULGADO: 06/02/2020

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                                        |
|------------|------------------------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : RAFAEL NONAKA DA SILVA E OUTRO                                       |
| ADVOGADOS  | : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946<br>RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457 |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO                           |
| PACIENTE   | : WILLIANS SOARES BENEVIDES (PRESO)                                    |
| CORRÉU     | : RAFAEL LOPES CHEIDA FARIA                                            |
| INTERES.   | : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO                            |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Incolumidade Pública - Falsificação / Corrupção / Adulteração / Alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

#### **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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).