



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.268 - SP (2014/0065981-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO RODRIGUES DE OLIVEIRA SOARES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. INVIABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Na hipótese, vislumbra-se manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base a título de maus antecedentes, porquanto a pendência de procedimentos penais em marcha não pode ser substrato para a valoração negativa dos antecedentes criminais, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Do mesmo modo, inviável o afastamento da a causa especial de diminuição de condenação criminal sem trânsito em julgado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa dos antecedentes do paciente, reduzindo a pena-base para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, bem como para, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo de primeira instância proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de novembro de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.268 - SP (2014/0065981-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO RODRIGUES DE OLIVEIRA SOARES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recuso especial, impetrado em favor de DIEGO RODRIGUES DE OLIVEIRA SOARES, pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação, AP 0015505-95.2012.8.26.0071.

O paciente foi denunciado nos termos que seguem:

O representante do Ministério Público que esta ao final subscreve, no uso de suas atribuições legais, vem, mui respeitosamente, a presença de Vossa Excelência, nos autos do Inquérito Policial nº 0934/12, oferecer denúncia contra DIEGO RODRIGUES DE OLIVEIRA SOARES, qualificado às fls. 14/18 e 26 (com 21 anos), com fundamento no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, artigo 24 e seguintes do Código de Processo Penal, e demais disposições legais atinentes, diante dos fatos que narra:

Consta dos autos do incluso inquérito policial que o denunciado, no dia 16 de Abril de 2012, por volta das 15h30, na Rua Fernando Araújo nº 01-61, Jardim Eldorado II, nesta cidade, foi surpreendido com 37,08 gramas de "crack", para fins de tráfico de entorpecentes (apreendida as fls. 29/30; constatada as fls. 33/34), substância esta entorpecente e que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, após denúncias anônimas da ocorrência de tráfico, os policiais foram até o local dos fatos.

No local avistaram o adolescente Matheus (16 anos) na via pública. Ele, ao ver a aproximação dos policiais, correu para o interior de uma residência.

Ele foi seguido e detido pelos policiais.

Na casa estava o outro adolescente Leonardo, que jogava vídeo game com o denunciado Diego.

Com os adolescentes, nada foi encontrado.

Contudo, em poder do denunciado, morador daquela casa, no bolso de sua bermuda, havia 2 pedras de "crack" e dinheiro.

Em buscas naquele cômodo, sobre o sofá, os policiais ainda encontraram num plástico azul, outras pedras de "crack", similares as primeiras. O adolescente Matheus presenciou o encontro da droga (fls. 09).

Sobre o micro-ondas havia prato e talheres ainda sujos e com resquícios de entorpecentes. Certamente tinha sido usado para partilhá-lo.

Interrogado, o denunciado negou a prática do crime, dizendo que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dinheiro encontrado em seu poder era furto de seu trabalho como servente de pedreiro (fls. 10). Contudo, nada provou neste sentido.

O denunciado já foi condenado por roubo, cometido em 2009 - fls. 23/26 do apenso.

Em face do exposto, denunciemos a Vossa Excelência DIEGO RODRIGUES DE OLIVEIRA SOARES, como incurso às penas dos artigos 33 da Lei 11.343/2006. (...) Requer-se, uma vez recebida esta que se instaure o devido processo, citando-o, ouvindo-se, oportunamente, as testemunhas arroladas, nos termos de referida Lei, até final decisão. (fl. 16-19).

O paciente foi condenado a cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado. A pena-base foi sido exasperada em razão dos antecedentes, não tendo sido aplicado o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

O réu é tecnicamente primário, mas revela antecedentes criminais (fls. 80/82). Assim, fixo a pena em um sexto acima do mínimo legal, em definitivo, pela ausência de circunstâncias modificadoras da pena.

Considerando que o réu tem uma condenação em primeira instância por roubo, não tem direito à causa especial de diminuição de prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/03.

Da mesma forma, não tem direito à substituição por pena alternativa, por ser o crime considerado hediondo, e deverá cumprir a pena em regime fechado.

Isto posto JULGO PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o réu DIEGO RODRIGUES DE OLIVEIRA SOARES, Rg. nº 47.092.186/SP, a cumprir OS(cinco) anos e 10(dez) meses de reclusão, e a pagar 583(quinhetos e oitenta e três) dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, c.c. o artigo 59 do Código Penal (fls. 42/43).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

Inaplicável, ao caso "sub judice", a diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Antidrogas.

Em que pese a primariedade técnica do réu, as peculiaridades do caso concreto permitem concluir que ele se dedica à atividade criminosa.

Cumprir destacar que a nova Lei Antidrogas foi editada com o intuito de punir com maior rigor a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, atendendo, inclusive, ao anseio do constituinte de 1988, que equiparou a narcotraficância à prática de crimes hediondos (artigo 5º, XLIII, da Carta Magna).

Entretanto, anteviu o legislador a figura do traficante eventual, que não faz do ilícito nefasto meio de vida.

De maneira que, para evitar que a este último fosse imposta sanção exagerada, estabeleceu a aplicação da causa de diminuição de pena, a qual será adotada em caráter excepcional, ante o preenchimento de requisitos minuciosamente fixados em lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, o fato de acusado já ter sido processado e condenado pelo crime de roubo triplamente qualificado é elemento capaz de corroborar o convencimento de que ele, de fato, se dedica à atividade criminosa, fazendo do crime nefasto meio de vida (fls. 87/88).

Salienta que a existência de um processo em andamento não pode servir como supedâneo para a exasperação punitiva, dada a manifesta contrariedade ao enunciado 444 da Súmula desta Corte.

Destaca que o acórdão atacado seria nulo, pois o Tribunal de origem, ao rechaçar a aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, em recurso exclusivo da defesa, agregou fundamento novo, asseverando que o paciente se dedicaria a atividade criminosa.

Pede, liminarmente, a sustação da decisão condenatória, a fim de que o paciente possa aguardar o julgamento deste *writ* em liberdade. No mérito, pleiteia a declaração de nulidade do acórdão guerreado, e, subsidiariamente, o afastamento da circunstância judicial antecedentes e a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

A liminar foi indeferida às fls. 97/99.

Foram prestadas informações às fls. .

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Oswaldo José Barbosa Silva, pela inadmissão do *writ*, mas pela "concessão parcial da ordem de ofício, para que o Tribunal Estadual proceda à nova dosimetria da pena do paciente, sem consideração da presença de maus antecedentes na majoração de sua pena-base" (fl. 157).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.268 - SP (2014/0065981-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. INVIABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Na hipótese, vislumbra-se manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base a título de maus antecedentes, porquanto a pendência de procedimentos penais em marcha não pode ser substrato para a valoração negativa dos antecedentes criminais, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Do mesmo modo, inviável o afastamento da a causa especial de diminuição de condenação criminal sem trânsito em julgado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa dos antecedentes do paciente, reduzindo a pena-base para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, bem como para, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo de primeira instância proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Insurge-se a presente impetração contra a exasperação da pena-base, bem como contra o afastamento da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Ab initio, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.
(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

In casu, observa-se que, após o trânsito em julgado da condenação, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs interpôs a revisão criminal cabível.

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Da leitura dos autos, verifica-se que a pena-base do paciente foi exasperada em 1/6, por ter sido considerada desfavorável a circunstância judicial relativa aos antecedentes criminais, tendo em vista que o paciente, à época, havia sido condenado, em primeira instância, pelo delito de roubo.

Consoante o entendimento perfilhado pelos Tribunais Superiores, entretanto, a pendência de procedimentos penais em marcha não pode ser substrato para a valoração negativa dos antecedentes criminais, sob pena de quebrantar o princípio da presunção de inocência. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 344, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE: FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. A grave ameaça, utilizada pelo Juízo Sentenciante para majorar a pena-base, constitui elemento inerente ao delito de coação no curso do processo.

3. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados no voto.

(HC 265.685/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444/STJ. MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ AFASTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. CONDENADO REINCENTE EM QUE FOI APLICADA PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- As instâncias originárias, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideraram desfavorável ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente apenas o parâmetro referente aos seus antecedentes, em razão de uma ação penal em andamento, o que não autoriza o acréscimo aplicado. Incidência da Súmula n. 444 do STJ.

- Correto o aumento de 5/12 (cinco doze avos) pela incidências das três majorante, uma vez que a exasperação em patamar acima do mínimo legal não decorreu unicamente do número de causas de aumento incidentes, tendo o acórdão recorrido justificado que a majoração se deu em razão das peculiaridades concretas do crime, destacando a maior quantidade de roubadores (três agentes), a ousadia no cometimento do delito e o maior risco gerado às vítimas, que tiveram sua residência invadida e, sob ameaça de uma arma de fogo, foram subjugadas e confinadas, por diversas horas, em pequeno cômodo de sua residência, fatos que autorizam aplicação da qualificadora no quantum adotado. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, haja vista que se trata de condenado reincidente, cuja pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, unicamente, para fixar a pena-base em seu mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 225.517/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 3. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE. REPROVABILIDADE. 4. ANTECEDENTES VALORADOS COM BASE EM AÇÕES EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. 5. PERSONALIDADE DO AGENTE. TENDÊNCIA PARA A PRÁTICA DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 6. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DUPLA VALORAÇÃO TÍPICA. EXECUÇÃO DESPROPORCIONAL. DISPAROS EFETUADOS. RISCO PARA TERCEIROS. 7. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, no caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela lei - Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que cabe ao juiz aplicar a pena justa à espécie, com a necessária motivação, à luz do método trifásico.

3. A circunstância judicial relativa à culpabilidade deve ser valorada levando-se em consideração a maior ou menor reprovabilidade da conduta concretamente praticada, o que não se verificou na espécie.

4. De acordo com o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça - verbete nº 444 -, não podem ser considerados como circunstâncias judiciais desfavoráveis os inquéritos e as ações penais em andamento, por ferir o princípio da presunção de inocência.

5. Referência à personalidade do réu de ter "tendência para as práticas delitivas", não é suficiente para aumentar a pena-base, pois não reflete a análise do indivíduo perante a coletividade - verdadeiro sentido dessa circunstância - não podendo, assim, implicar prejuízo na dosagem da apenação.

7. A valoração negativa das circunstâncias do crime - porque o delito ocorreu com a promessa de recompensa - é inerente ao tipo penal descrito no art. 121, § 2º, I do Código Penal, não devendo ser a reprimenda majorada por esse motivo, sob pena de ocorrência de dupla valoração do mesmo fato. Todavia, merece ser avaliada negativamente, em razão da forma como o delito foi praticado - desproporcional e desnecessária, gerando, inclusive, risco para terceiros, diante do número de disparos efetuados -, fundamentos tidos como idôneos para exasperar a pena do paciente.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 9 (nove) anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

(HC 230.457/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013)

PENAL. RECLAMAÇÃO. TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ESTADUAL. ART. 1º DA RESOLUÇÃO 12/2009, DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E TERMOS CIRCUNSTANCIADOS PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 444/STJ. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

I. É cabível a ação de reclamação para "dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil", nos termos da Resolução 12/2009, do STJ.

II. Hipótese em que foram considerados quatro registros de Inquéritos Policiais e três Termos Circunstanciados, instaurados contra o reclamante,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a exasperação da sua pena-base, tanto a título de maus antecedentes, como de conduta social e personalidade desfavoráveis, o que constitui flagrante afronta à Súmula 444 do STJ, que estabelece que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", devendo, pois, ser excluídos do cálculo da pena-base, à mingua de condenação transitada em julgado.

III. A jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula 444/STJ, tem entendido que "inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade" (STJ, HC 206.442/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 02/04/2013).

IV. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 9.353/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, DJe 10/05/2013)

Confira-se, por oportuno, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

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

A fundamentação empregada, portanto, deve ser afastada, eis que importa em violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

Quanto à causa especial de redução de pena, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Verifica-se que o Juízo de primeira instância entendeu ser inaplicável o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, diante da existência de condenação anterior do paciente, sem trânsito em julgado.

Ora, não é viável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena amparando-se na pendência de feitos criminais em curso. É que, consoante pacífica jurisprudência deste Sodalício, feitos criminais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (11 PEDRAS DE "CRACK", EQUIVALENTE A 2,618 G - DOIS GRAMAS, SEISCENTOS E DEZOITO MILIGRAMAS). MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO DA PENA NÃO APLICADA PELO MAGISTRADO SINGULAR, EM RAZÃO DA PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE, DE FATO, IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. ENTRETANTO, NA HIPÓTESE, OS MAUS ANTECEDENTES FORAM CONSIDERADOS SEM QUALQUER MENÇÃO À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADO EM JULGADO. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI Nº 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO É A HIPÓTESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DESCABIMENTO. REQUISITOS DO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL, NÃO PREENCHIDOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades delituosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. A sentença condenatória negou ao Paciente a aplicação da minorante prevista art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão de seus maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça.

4. Na hipótese, contudo, segundo informações do Juízo sentenciante, à época da sentença condenatória, não havia condenação transitada em julgado em desfavor do Paciente, apenas processos ainda em curso. E, segundo o entendimento adotado tanto pelos Tribunais Superiores quanto pelo Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados como maus antecedentes.

5. Afastados os maus antecedentes do Paciente - única condição apontada para negar a aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 -, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

(...)

(HC 180.949/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011) (grifou-se).

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/06). CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INTERESTADUALIDADE. ART. 40, V DO MESMO DIPLOMA. CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS DE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. INTENÇÃO QUE NÃO SE CONCRETIZA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERNACIONAL. SIMILARIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO NEGADA UNICAMENTE EM RAZÃO DA CONSIDERAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM CURSO COMO SUFICIENTE À CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA QUE O TRIBUNAL APRECIE A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA, COM A ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06, DESCONSIDERANDO-SE OS ANTECEDENTES MENCIONADOS.

1. Tal qual o tráfico internacional, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual para que fique autorizada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V da Lei 11.343/06; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente mercadejada tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais. Precedente da 5ª. Turma: HC 93.223/MS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 13.10.08).

2. A jurisprudência das Cortes Superiores afirma que há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados como maus antecedentes e personalidade voltada para o crime; dessa forma, a existência de ação penal em curso não caracteriza maus antecedentes criminais para o fim de obstar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06.

3. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o Tribunal *a quo* aprecie a possibilidade de redução da pena do paciente, com a análise dos demais requisitos do art. 33, § 4º. da lei 11.343/06, desconsiderando-se os antecedentes mencionados.

(HC 119.637/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 25/05/2009) (grifou-se).

Imperioso, por conseguinte, o afastamento do óbice utilizado pelo Magistrado sentenciante para negar a incidência da causa especial de diminuição, devendo aquele Juízo manifestar-se sobre o ponto. Nesta senda:

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 PENAIIS 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa dos antecedentes do paciente, reduzindo a pena-base para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, bem como para, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo de primeira instância que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0065981-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 291.268 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00155059520128260071 155059520128260071 93412

EM MESA

JULGADO: 20/11/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO RODRIGUES DE OLIVEIRA SOARES

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.