



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.496 - SP (2015/0281050-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICIO EVANGELISTA GOMES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO POR FATO PRETÉRITO COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO DELITO OBJETO DO *MANDAMUS* E ANTERIOR À RESPECTIVA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE DETENTOR DE MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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.

– Inexiste ilegalidade a ser reconhecida no tocante à valoração negativa dos antecedentes criminais do paciente, tendo em vista a existência de condenação transitada em julgado por fato pretérito ao delito objeto do presente *mandamus*, com trânsito em julgado anterior à sentença proferida nos presentes autos, situação apta a configurar maus antecedentes. Precedentes.

– Não é possível a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes, o que configura óbice à concessão da *benesse*.

– Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado, pois a pena de 5 anos e 20 dias de reclusão, a presença de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), a qual embasou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da droga apreendida, são circunstâncias que justificam o regime inicial fechado, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.496 - SP (2015/0281050-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICIO EVANGELISTA GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MAURICIO EVANGELISTA GOMES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0101566-85.2013.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 5 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (e-STJ fls. 18/40).

Inconformada com a sentença, apelou a defesa, buscando, dentre outros, a fixação da pena-base no mínimo legal; a redução da pena na fração de 2/3, por aplicação ao caso do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006; a determinação de regime inicial menos rigoroso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa (e-STJ fls. 39/50).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal no afastamento da aplicação da redutora da pena, na fração de 2/3, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao fundamento de que a condenação considerada na sentença não pode caracterizar os maus antecedentes, porquanto *é incabível a consideração de condenação posterior ao fato para caracterizar a existência de mau antecedente. Afinal, se o parâmetro de avaliação da reincidência, agravante expressa no Código Penal, não é a data da conduta, mas sim a do trânsito em julgado, com maior razão esse marco deve ser o paradigma para a valoração dos maus antecedentes, uma circunstância judicial aberta* (e-STJ fl. 21).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reitera, ainda, os fundamentos anteriormente apresentados à Corte local, apontando ausência de motivação idônea para a manutenção do regime inicial fechado.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja aplicado o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo e fixado regime inicial mais brando.

Pedido liminar indeferido (fls. 57/58).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (fls. 66/72).

Informações prestadas às fls. 79/102.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.496 - SP (2015/0281050-7)

VOTO

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

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

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

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

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução máxima da reprimenda pela aplicação da causa especial de redução da pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e a fixação do regime inicial mais brando em favor do paciente.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, aplicou a pena-base em 6 anos e 3 meses de reclusão. Na segunda fase, reconhecida a menoridade, a pena foi reduzida em 1/6, alcançando o patamar de 5 anos e 2 meses de reclusão, pena esta tornada definitiva, pois ausentes causas modificativas. Vejamos a fundamentação do *decisum* (fls. 35/36):

As circunstâncias judiciais do art. 59, do CP são desfavoráveis ao réu, já que possui condenação transitada em julgado por prática



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delituosa idêntica.

Interessante observar (conforme certidão acostada aos autos) que o réu foi detido praticando tráfico de drogas em 19 de julho de 2013. Foi colocado em liberdade no dia 30 de agosto do mesmo ano. Menos de três meses após (21/11/2013), foi novamente preso em flagrante delito pelo mesmo ilícito penal.

Evidente que faz do comércio ilícito de drogas seu meio de vida, já que não exerce qualquer atividade laborativa que lhe garanta o sustento.

Demonstra, assim, personalidade deformada e voltada à delinqüência.

Assim sendo, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

O acusado é menor de 21 anos.

Diminuo de um sexto a pena, estabelecendo-a em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.

Não há que se falar, na aplicação do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, uma vez que o acusado não é possuidor de bons antecedentes, porquanto foi condenado definitivamente por tráfico de drogas.

Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente a ação penal e condeno MAURÍCIO EVANGELISTA GOMES como incurso nas sanções do art. 33, da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe, a pena de 05 (cinco) anos e 20 (dois) meses de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, calculados, no mínimo legal, e corrigidos desde a data do fato.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve a condenação e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 47/48):

Os maus antecedentes do agente (fls. 143) correspondem a circunstância objetiva totalmente incompatível com a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em razão de expressa vedação legal. Entendimento diverso, além disso, impediria a pena de alcançar seus objetivos, a saber: prevenção e reprovação do delito.

As penas, criteriosamente dosadas e fundamentadas em perfeita consonância com o sistema trifásico, não comportam qualquer reparo.

No caso em exame, as penas-base foram fixadas em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa, em razão dos comprovados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maus antecedentes do ora recorrente (cf. certidão de fls. 143).

Não se pode olvidar, outrossim, que parte do entorpecente consistia em crack, substância entorpecente causadora de devastadores danos aos dependentes químicos e à sociedade como um todo, o que demanda mais repressão estatal.

Na segunda fase, as reprimendas foram reduzidas de em virtude da menoridade relativa, perfazendo o total final de 05 anos e 02 meses de reclusão e 520 dias-multa, ante a ausência de causas de diminuição ou de aumento.

Como é cediço, não se pode reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando se trata de paciente detentor de maus antecedentes, por conta de vedação legal expressa, que destaco:

*§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de **bons antecedentes**, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Nessa linha, ressalto os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A majoração da pena pelos maus antecedentes e o reconhecimento da reincidência, desde que com fundamento em condenações prévias e definitivas distintas, não caracteriza ofensa ao princípio do ne bis in idem.

2. Há vedação legal expressa à concessão da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas aos condenados possuidores de maus antecedentes e reincidentes.

3. A valoração dos maus antecedentes na primeira etapa da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, e da reincidência na segunda fase não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Recurso provido para reconhecer as violações legais apontadas e, conseqüentemente, tornar a reprimenda do recorrido definitiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 6 anos e 5 meses de reclusão e 641 dias-multa. (REsp 1280993/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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 aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, exige que o condenado preencha cumulativamente os requisitos legais, quais sejam, ser primário, tenha bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

3. Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem negaram a incidência da referida minorante, em razão dos maus antecedentes do paciente. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse em comento.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 327.810/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Por outro lado, configuram-se os maus antecedentes se, na data da sentença, o réu possuía condenação definitiva por delito anterior, pois a exigência de que o trânsito em julgado preceda o cometimento do crime atual é para a caracterização do instituto da reincidência.

Nesse sentido, destaco:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO.

1. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de jurisdictio - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem, o que ocorreu na espécie.

2. Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena inferior a quatro anos, mesmo diante da primariedade do réu.

4. Ordem não conhecida. (HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016) - grifei.

No caso, o delito em tela foi praticado em 19/11/2013 e sentenciado em 18/6/2014. Pela leitura da folha de antecedentes (fl. 101), o paciente, em 19/7/2013, já havia praticado outro delito de tráfico, pelo qual foi condenado à pena corporal de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, cujo trânsito em julgado operou-se em 7/1/2014, antes, portanto, da sentença do processo em epígrafe, ficando configurado os maus antecedentes do acusado.

Assim, inexistente o alegado constrangimento ilegal sustentado pela defesa, pois as instâncias ordinárias, como visto pela leitura dos excertos acima transcritos, consignaram não ser possível a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com base no fato de o paciente não preencher todos os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes, o que configura óbice à concessão da *benesse*.

Destaque-se, por fim, que não prospera o argumento defensivo de que a condenação definitiva anterior deveria respeitar o mesmo lapso temporal da reincidência, isto é, só poderia ser considerada, para fins de reconhecimento do tráfico privilegiado, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação cujo trânsito em julgado fosse anterior à prática do novo delito. Isso porque se o legislador quisesse restringir o reconhecimento da causa de diminuição em questão teria inserido no dispositivo legal apenas o requisito da primariedade, fato que não ocorreu, pois consta, no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, menção expressa à primariedade e à ausência de maus antecedentes como requisitos para a aplicação do redutor.

Quanto ao regime, o sentenciante estabeleceu o fechado, levando em conta os maus antecedentes do acusado (fl. 36). O acórdão recorrido manteve o regime mais gravoso (fl. 49), destacando a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas (14 invólucros de *crack* e 24 de maconha).

Assim, não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado, pois, embora a pena de 5 anos e 20 dias de reclusão comporte o regime intermediário, a presença de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), a qual embasou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à quantidade da droga apreendida, são circunstâncias que justificam o regime inicial fechado, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE REGISTRA MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. MODO DE CUMPRIMENTO DE PENA ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.
(...)

4. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 300.175/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016) - grifei,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser sanada *ex officio* por esta Corte, **não conheço do *habeas corpus***, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0281050-7

HC 340.496 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01015668520138260050 1015668520138260050 20150000278136

EM MESA

JULGADO: 07/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

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	: MAURICIO EVANGELISTA GOMES (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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