



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.122 - SP (2012/0125319-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MORO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIÓGENES APARECIDO FERREIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NÃO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.
3. O patamar da reprimenda imposta (5 anos) não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a concessão da substituição da pena e, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, a fixação do regime aberto.
4. *Habeas Corpus* não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de março de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.122 - SP (2012/0125319-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MORO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DIÓGENES APARECIDO FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, impetrado em favor de DIÓGENES APARECIDO FERREIRA, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo júzo de piso à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/06, em regime prisional inicialmente fechado.

Interposta apelação pela defesa, restou o reclamo parcialmente provido para consignar que a condenação operou-se apenas pelo art. 33, *caput*, da Lei de drogas, mantida, no mais, a condenação.

Alega o impetrante que as instâncias ordinárias consideraram uma condenação anterior do paciente como prova de que se dedicaria a atividades criminosas, afastando, assim, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Segundo relata, à época do fato delituoso, o apenado não possuía nenhuma condenação apta a gerar maus antecedentes. Nesta toada, afirma que deve ser reconhecida a primariedade do paciente e os demais requisitos necessários à concessão da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas, em seu patamar máximo.

Pugna que após o cômputo do citado benefício, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como alterado o regime prisional para o aberto.

Em consulta telefônica realizada junto à Vara de Execuções Criminais de São Vicente, colheu-se a informação de que a pena do paciente foi unificada e sua extinção está prevista para o ano de 2017.

A liminar foi indeferida às fls. 36/37.

As informações foram prestadas às fls. 46/48 e 50/140.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 162/168, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.122 - SP (2012/0125319-9)

VOTO

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 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

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.

Sobre as alegações aventadas na inicial, vejamos como manifestou-se a Corte *a quo* (fls. 26/27):

Inaplicável a causa especial de redução (artigo 33, §4º, da Lei Antidrogas).

Além do fundamento utilizado na r. sentença, no sentido de que o réu "escolheu se dedicar às atividades criminosas" (fls. 105), o fato é que, conforme comprovado pelas certidões de fls. 48 e 100, o réu ostenta maus antecedentes, o que também impede a aplicação do redutor legal em comento.

Assim sendo, e não se evidenciando erro técnico ou excessivo rigor, a punição deve ser mantida, tal como monocraticamente estabelecida.

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.

Com relação ao pleito de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, observa-se que o Tribunal a afastou, em vista dos maus antecedentes do réu.

Cinge-se a controvérsia em aferir a partir de que momento a condenação por fato anterior pode ser valorada para fins de maus antecedentes. Segundo afirma a impetrante, só seria possível se a condenação ocorresse até a data de cometimento do crime.

Com efeito, o conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem *reincidência*, mas servem como *maus antecedentes*, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CRIME PRATICADO ANTES DA DENÚNCIA OBJETO DESTE RECLAMO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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 e impedir a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois diz respeito ao histórico do apenado (art. 44, III, do CP).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1486797/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. ART. 121, § 2º, I, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME OBJETO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.

1. Restam configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise.

2. Nos termos da jurisprudência firmada no STJ, a exigência de que o trânsito em julgado da condenação antecedente preceda a prática do delito atual se aplica apenas para a caracterização da reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal.

3. Na espécie, a certidão de antecedentes do recorrido registra, conforme assinala o acórdão da origem, diversas condenações definitivas por fatos anteriores ao crime examinado neste feito, o que permite a valoração negativa de seus antecedentes.

4. Recurso especial a que se dá provimento a fim de atestar os maus antecedentes do recorrido, redimensionando a sua pena.

(REsp 1465666/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme demonstrado, incorre o constrangimento ilegal aventado na inicial, razão pela qual deve ser mantido o acórdão hostilizado.

Mantendo-se a pena, portanto, em 5 anos de reclusão, não há sequer que se examinar os pleitos de substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos e/ou de concessão do regime aberto, uma vez que o patamar da reprimenda imposta não permite, nos termos dos arts. 44, I, e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, a concessão dos referidos benefícios.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0125319-9

HC 246.122 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2192011 47105920118260590

EM MESA

JULGADO: 08/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MORO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIÓGENES APARECIDO FERREIRA

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:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.