



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.711 - SP (2014/0114386-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER PAIXÃO DAS VIRGENS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE E COM REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O reconhecimento dos maus antecedentes do paciente com fundamento em condenação prévia e definitiva distinta daquela(s) considerada(s) na segunda etapa da dosimetria não caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.
2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, exige-se, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.
3. Fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição, à vista da reincidência do réu.
4. Não há como modificar o regime inicial fechado fixado ao paciente reincidente, com registro de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes, quantidade e variedade de drogas) e condenado a pena superior a 4 anos de reclusão, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.
5. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.711 - SP (2014/0114386-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLEBER PAIXÃO DAS VIRGENS (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CLEBER PAIXÃO DAS VIRGENS estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0908939-42.2010.8.26.0050.

O paciente foi condenado a 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Nesta Corte Superior, a Defensoria Pública sustenta que: a) os antecedentes do réu foram aferidos em dois momentos distintos da dosimetria, em flagrante *bis in idem*; b) é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois "a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente não podem servir como fundamento para deixar de aplicar o redutor" (fl. 5); c) deve ser fixado o regime inicial semiaberto, à vista da quantidade de pena aplicada.

Requer o redimensionamento da pena e a fixação do regime inicial semiaberto.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para que o Tribunal local possa rever e fundamentar a fixação do regime prisional, observando as circunstâncias judiciais (fls. 65-72).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.711 - SP (2014/0114386-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE E COM REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O reconhecimento dos maus antecedentes do paciente com fundamento em condenação prévia e definitiva distinta daquela(s) considerada(s) na segunda etapa da dosimetria não caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.
2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, exige-se, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.
3. Fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição, à vista da reincidência do réu.
4. Não há como modificar o regime inicial fechado fixado ao paciente reincidente, com registro de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes, quantidade e variedade de drogas) e condenado a pena superior a 4 anos de reclusão, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.
5. Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **não constato**, na espécie em exame, a ocorrência de ilegalidade na dosimetria da pena, passível de engendrar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

I. Contextualização

O paciente, **reincidente** e com registro de **circunstância judicial desfavorável** na primeira etapa da dosimetria, foi condenado a 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pois guardava e tinha em depósito, para entrega a terceiros, **74 microtubos de cocaína e duas porções da mesma droga, uma porção de pasta base de cocaína, dois tijolos e meio de maconha e mais sete porções menores desta mesma droga**. Não há, nos autos, especificação do peso total da substância apreendida. Sua pena foi assim individualizada pelo Juiz sentenciante:

O **acusado ostenta antecedentes** pela prática de crime contra o patrimônio (fls. 05 do apenso de FA). Ademais, **foi apreendida quantidade considerável e variável, duas espécies de substância entorpecente**, o que recomenda maior rigor no momento da aplicação da sanção. Portanto-fixo a pena em 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setecentos) dias-multa. Ante a existência de duas circunstâncias, uma a recomendar o aumento da sanção, reincidência (fls. 04 do apenso de FA), e outra a sua atenuação, confissão, a reprimenda permanecerá no patamar já fixado.

Deixo de aplicar a redução prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06 **porque o réu é reincidente** (fls. 04/05 do apenso de FA). O regime legal e o mais adequado à espécie é o fechado. O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 11.464/07, dispõe que A pena pelo cometimento dos crimes hediondos, bem como aos a eles equiparados, será cumprida inicialmente em regime fechado, observando-se os lapsos temporais para a concessão do benefício (no caso em tela, o acusado é reincidente) (fls. 20-21)

O Tribunal de Justiça estadual, ao julgar a apelação criminal, decidiu:

Atendendo aos critérios norteadores dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, a pena-base foi bem fixada acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, considerando os **maus antecedentes** do réu, devidamente **comprovados pela certidão de fls. 05 do apenso de F.A.**, bem como a grande quantidade de drogas e sua variedade.

Consoante entendimento desta Câmara de Julgamento, revendo posicionamento anteriormente adotado, consideram-se, para fins de maus antecedentes, as condenações com trânsito em julgado, que não são aptas a gerar reincidência, ainda que se encontrem fora do prazo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definido como período depurador, previsto no artigo 64, inciso I do Código Penal. De tal sorte, a certidão de fl. 05 do apenso de F.A. é hábil a justificar maus antecedentes.

Na segunda fase procedeu-se acertadamente à compensação entre as circunstâncias atenuante da confissão e agravante da reincidência (fl. 04 do apenso de F.A.), de maneira que a pena foi mantida tal como fixada na fase anterior.

Inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, em razão de ser o réu reincidente.

Não bastasse, consoante entendimento perfilhado por esta Colenda Câmara Criminal, a expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder do réu, por si só, obsta a aplicação do redutor, porquanto a regra do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, prevalece sobre os critérios constantes do artigo 59, do Código Repressivo, condicionando o benefício não apenas à presença de circunstâncias pessoais favoráveis, mas também à pequena quantidade de entorpecentes.

Demais disso, tratando-se de delito equiparado a hediondo, impositivo o regime inicial fechado, a teor do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90.

O montante da pena imposta é incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos. Ademais, a determinação legal de que o início do cumprimento da reprimenda se dê em regime prisional fechado, por si só, denota a absoluta incompatibilidade dos crimes hediondos e equiparados com as penas alternativas (fls. 43-44).

II. Primeira etapa da dosimetria

Consoante entendimento deste Superior Tribunal, "Não se presta o remédio heroico 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" (HC n. 147.925/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 11/5/2015).

Na hipótese, não verifico manifesta violação dos arts. 59 ou 68 do CP, pois a consideração desfavorável dos antecedentes do réu foi fundamentada em condenação anterior e definitiva, distinta daquela utilizada para caracterizar a reincidência. Ilustrativamente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. É possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência. Verificada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes.

[...]

(HC n. 269.634/SP, de **minha relatoria**, 6ª Turma, DJe de 20/6/2014)

III. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

A causa especial de diminuição da pena deixou de ser aplicada de forma fundamentada "porque o réu é reincidente" (fl. 21).

A teor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, "nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, **desde que o agente seja primário**, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" e o paciente não preenche o requisito legal da primariedade.

Ilustrativamente:

[...]

III - Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, hipótese não caracterizada no caso em concreto, ante a comprovação da reincidência (precedentes).

[...]

(HC n. 287.687/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 29/4/2015)

IV. Regime inicial diverso do fechado

No julgamento do HC n. 82.959/SP (DJ 1º/9/2006), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essa razão, a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

Na hipótese, não obstante a menção à vedação legal pelas instâncias ordinárias, não há como fixar o regime inicial semiaberto ao paciente **reincidente**, com registro de **circunstâncias judiciais desfavoráveis** (maus antecedentes, quantidade e variedade de drogas) e condenado a **pena superior a 4 anos de reclusão**, por aplicação do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP. O regime legal aplicável, segundo expressa previsão legal, é mesmo o fechado. Ilustrativamente:

[...]

2. Tratando-se de paciente reincidente, com circunstâncias judiciais desfavoráveis, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de reclusão e que não excede a 8 (oito), é cabível o regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

3. Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo ao fazer uma análise à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenado à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses, o paciente é reincidente e teve a pena-base estabelecida acima do piso legal em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC n. 322.011/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 12/8/2015)

[...]

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. *In casu*, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. A reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isso, irrelevante -, é circunstância que impede a fixação do regime intermediário aos condenados à pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito).

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 313.237/MG, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 2/3/2015)

V. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio e, ao examinar seu conteúdo, não constato o constrangimento ilegal que me levaria a conceder a ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0114386-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.711 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 050100432620 09089394220108260050 227 50100432620 9089394220108260050
9402010

EM MESA

JULGADO: 01/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLEBER PAIXÃO DAS VIRGENS (PRESO)
CORRÉU	: REGIANE CAPRISTRANO SANTOS

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 habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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