



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 511.400 - SP (2019/0144463-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDILSON ANTONIO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA. PERSONALIDADE FUNDADA NO HISTÓRICO DELITIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, **em recente decisão, alterando o seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a **personalidade** do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua **conduta social** inadequada. **No caso, percebe-se que o aumento da pena-base a título de personalidade não mereceu motivação concreta, pois foi baseado no histórico criminal do réu.**

IV – Alegação de ocorrência de **bis in idem**. A Corte de origem afirmou que *“a sentença de primeiro grau não considerou a condenação que gerou a reincidência para a caracterização de maus antecedentes”*. Nesse passo, não é possível acatar a pretensão posta na impetração, sem o reexame de provas, medida interdita na via estreita do **habeas corpus**.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, a fim de, tão somente, fixar a pena do paciente em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 511.400 - SP (2019/0144463-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDILSON ANTONIO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado em favor de EDILSON ANTÔNIO DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0039426-39.2018.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 20-26).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 35-38.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de **bis in idem** na majoração da pena-base do paciente. Sustenta, para tanto, que “[...] *se a pena-base é majorada em função de o acusado 'ter saído da prisão três meses antes' do cometimento do crime, o réu está sendo punido, justamente, em razão de sua condenação anterior, algo que já é considerado na fase seguinte da dosimetria*” (fl. 6).

Afirma, por isso, que [...] há “*bis in idem*” na dosimetria, pois o acusado foi apenado “*porque foi detido três meses após cumprir pena por crime anterior*” e, também, “*por ser reincidente justamente em função desse outro crime*” (fl. 7).

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja reconhecido o direito do paciente à readequação da pena, sem a violação ao princípio do **ne bis in idem**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida (fls. 41-43).

Informações prestadas às fls. 47-63.

O Ministério Público Federal, às fls. 66-69, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ESTELIONATO. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO CUJA ANÁLISE DEMANDARIA O EXAME DA MATÉRIA FÁTICO - PROBATÓRIA, INVIÁVEL NESTA VIA ESTREITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO PACIENTE, QUE FOI DETIDO PELA PRÁTICA DE OUTRO DELITO TRÊS MESES APÓS SAIR DA PRISÃO. AUMENTO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.” (fl. 66).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 511.400 - SP (2019/0144463-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDILSON ANTONIO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.
DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA.
PERSONALIDADE FUNDADA NO HISTÓRICO
DELITIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE
BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO
CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE
OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade*” (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, **em recente decisão, alterando o seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a **personalidade** do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua **conduta social** inadequada. **No caso, percebe-se que o aumento da pena-base a título de personalidade não mereceu motivação concreta, pois foi baseado no histórico criminal do réu.**

IV – Alegação de ocorrência de **bis in idem**. A Corte de origem afirmou que “*a sentença de primeiro grau não considerou a condenação que gerou a reincidência para a caracterização de maus antecedentes*”. Nesse passo, não é possível acatar a pretensão posta na impetração, sem o reexame de provas, medida interdita na via estreita do **habeas corpus**.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, a fim de, tão somente, fixar a pena do paciente em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a readequação da pena, sem a violação ao princípio do **ne bis in idem**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

O Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP dosou assim a reprimenda:

“As circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado.

O próprio réu afirmou que havia saído da prisão em fevereiro deste ano, sendo, portanto, detido cerca de três meses após, pela presente ocorrência.

Demonstra, assim, personalidade frontalmente contrária à vida em sociedade, além de deixar claro que não reconhece as oportunidades de regeneração que lhe são concedidas pela Justiça, evidenciando, ao contrário, plena confiança na impunidade.

Assim sendo, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 582 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O acusado é reincidente (fls. 110).

Elevo de um sexto a pena, estabelecendo-a em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Deixo de aplicar o disposto no art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, uma vez que o acusado é reincidente no tráfico de drogas, o que não se coaduna com a causa de diminuição em questão.

Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente a ação e condeno EDILSON ANTONIO DA SILVA como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe a pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, calculados no mínimo legal e corrigidos desde a data do fato.” (fl. 24, grifei).

O Tribunal de Justiça bandeirante confirmou a sentença condenatória, ao fundamento de que:

“As penas, data vênia, não comportam reparos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Com efeito. 'Na primeira fase da dosimetria da pena, esta foi aplicada acima do mínimo legal em razão de sua **'personalidade frontalmente contrária à vida em sociedade, além de deixar claro que não reconhece as oportunidades de regeneração que lhe são concedidas pela Justiça, evidenciando, ao contrário, plena confiança na impunidade'**.*

Ao contrário do alegado, a sentença de primeiro grau não considerou a condenação que gerou a reincidência para a caracterização de maus antecedentes, como quer fazer crer a apelação.

Assim, tal procedimento está em estrita consonância com o previsto no artigo 59 do Código Penal.

O aumento de pena decorrente da reincidência está também de acordo com a lei, pois trata-se de circunstância agravante e não merece qualquer reparo.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, observo que foi fixado o regime fechado em razão da reincidência e da 'personalidade desvirtuada' do apelante, também não sendo caso de modificação do decidido em primeiro grau", bem discorre a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, em judicioso parecer (fls. 211 a 212)." (fl. 37, grifei).

Dos excertos acima transcritos, observa-se que a personalidade do paciente foi considerada negativa, tendo em vista o seu recente histórico delitivo.

Contudo, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, **em recente decisão, alterando o seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a **personalidade** do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua **conduta social** inadequada. **No caso, percebe-se que o aumento da pena-base a título de personalidade não mereceu motivação concreta, pois foi baseado no histórico criminal do réu.**

Vejamos os julgados **mais recentes** que respalda esse entendimento:

"PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIREÇÃO PERIGOSA. DOSIMETRIA. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECOTE DA REFERIDA VETORIAL. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA REPRIMENDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68, do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59, do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente. A revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.

- A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

- As condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base, a título de valoração negativa da conduta social e personalidade, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes, na primeira fase da calibragem, se o caso.

- Na hipótese, deve ser afastada a vetorial da personalidade da dosimetria das penas do paciente relativa a ambos os delitos pelos quais resultou condenado.

- **Habeas corpus** não conhecido.

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente ao novo montante de 1 ano, 8 meses e 16 dias de detenção, 20 dias-multa, e suspensão ou proibição de obtenção de habilitação para dirigir veículo automotor, pelo período de 5 meses, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 480.726/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo da Soares da Fonseca**, DJe de 1º/03/2019, grifei).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM FUNÇÃO DA PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES EM FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. VETORIAL DECOTADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

De acordo com o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a circunstância judicial referente a personalidade do agente não pode ser apreciada com base em folha de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*antecedentes. "A Quinta Turma decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a **personalidade** ou a **conduta social** do agente" (HC 366.639/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 5/4/2017).*

*Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.721.920/DF, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/08/2018, grifei).*

No que diz respeito ao alegado **bis in idem**, a Corte paulista afirmou que “a sentença de primeiro grau não considerou a condenação que gerou a reincidência para a caracterização de *maus antecedentes*”. Nesse passo, não é possível acatar a pretensão posta na impetração, sem o reexame de provas, medida interdita na via estreita do **habeas corpus**.

De qualquer sorte, afastado o desvalor da personalidade, o antecedente desabonador só continuará a produzir efeitos em uma das fases da dosimetria (segunda), situação a não permitir cogitação sobre a ocorrência de **bis in idem**.

Nesse contexto, **mantendo os parâmetros dosimétricos empregados pelas instâncias ordinárias**, fixo a pena-base no mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Em função da reincidência, majoro a reprimenda em 1/6 (um sexto), de modo a elevá-la para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. À míngua de causas de aumento ou de diminuição de pena, torno a sanção definitiva em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**.

Contudo, concedo a ordem de ofício, a fim de, tão somente, fixar a pena do paciente em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0144463-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 511.400 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00394263920188260050 14612018 20190000339123 394263920188260050

EM MESA

JULGADO: 18/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDILSON ANTONIO DA SILVA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.