



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.451.802 - SP (2014/0098207-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : C C DE O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INDEFERIMENTO. TRIBUNAL. TROCA DE FUNDAMENTO. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. PROCESSO CRIMINAL EM CURSO. PENDÊNCIA APENAS DE RECURSO ACUSATÓRIO. UTILIZAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. DESCABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Se a sentença não afirmou que o recorrente tinha maus antecedentes ou era reincidente, mas negou a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 por motivo diverso, é indevido, em recurso exclusivo da defesa, trazer fundamento novo para manter a negativa da minorante, mormente quando, na resposta à apelação, tais óbices nem sequer haviam sido suscitados pela acusação, caracterizando tal procedimento *reformatio in pejus*.

2. Condenação transitada em julgado para a defesa mas contra a qual ainda pende de julgamento recurso interposto pela acusação não caracteriza maus antecedentes ou reincidência, pois não constitui título condenatório definitivo.

3. Há ilegalidade flagrante na imposição de regime mais severo apenas com base na obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ, 718 e 719/STF).

4. Recurso especial parcialmente provido e *habeas corpus* concedido de ofício, para afastar a reincidência e os maus antecedentes e determinar ao Tribunal de origem que analise, como entender de direito, se o recorrente atende ao requisito de não dedicação a atividades criminosas, para fins de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, procedendo à nova fixação de regime, de forma concretamente fundamentada.

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, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, expedindo, ainda, ordem de *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 12 de fevereiro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.451.802 - SP (2014/0098207-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto por **C C de O**, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 9000003-47.2012.8.26.0625.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro condenou (fls. 107/117) o recorrente a 5 anos em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

O recorrente apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 166/183).

No presente recurso especial, suscita a violação dos arts. 61, I, e 63 do Código Penal, alegando que não pode ser considerado como antecedente criminal uma condenação de primeira instância que ainda não transitou em julgado, mesmo que o único recurso pendente seja da acusação, tendo em vista o amplo efeito devolutivo deste.

Argui também ofensa ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, afastada a existência de antecedentes, faria jus à causa de diminuição de pena prevista, em sua fração máxima, ao estabelecimento do regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Oferecidas contrarrazões (fls. 207/212), admitiu-se o recurso na origem (fls. 215).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fl. 230):

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CABIMENTO, ANTE O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISPOSTO NO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. PRECEDENTES DO STJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.451.802 - SP (2014/0098207-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O

Juízo de 1º grau, ao indeferir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fê-lo por entender que o recorrente se dedicava a atividades criminosas (fls. 116/117):

[...] No caso concreto, a atuação do irrogado com nítido intuito lucrativo – sobretudo diante dos veementes **indícios de que exercia a traficância profissionalmente – e a elevada quantidade de narcotráfico altamente pernicioso (54 porções de cocaína, embaladas individualmente) que mantinha em seu poder e em sua residência desautorizam, sem dúvida a causa de diminuição [...]**

O Tribunal de origem, por sua vez, ao negar provimento à apelação da defesa e manter a negativa de incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim o fez por fundamento diverso, pois entendeu que teria o recorrente maus antecedentes (fls. 181/182):

[...]

Em que pese o esforço da combativa defesa, após detida análise dos autos, conforme se verifica as fls. 3 do apenso, o apelante ostenta condenação com trânsito em julgado para a Defesa em 26 de agosto de 2008, tendo o Ministério Público, interposto recurso de apelação.

Logo, a se considerar que o apelante ostenta maus antecedentes criminais, sendo, pois reincidente. Vale dizer, que embora haja recurso de apelação em trâmite no Tribunal de Justiça, evidente que em nada poderá 'melhorar a situação do apelante', por se tratar de recurso ministerial.

Assim, não há se falar em redução de reprimenda nos termos do § 4º, art. 33 da Lei 11.343/06.

[...]

Em primeiro lugar, verifica-se que a troca do fundamento utilizado para afastar a aplicação da incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 pelo Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, constituiu indevida *reformatio in pejus*, a ser afastada de ofício por esta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, se a sentença não afirmara que o recorrente tinha maus antecedentes ou era reincidente, não cabia ao Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, lançar mão desse fundamento para manter a negativa da minorante, **mormente quando, na resposta à apelação, tais óbices nem sequer haviam sido suscitados pela acusação.**

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. CONDENAÇÃO POSTERIOR À SENTENÇA. CONSIDERAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. MANUTENÇÃO.

[...]

2. Não pode o Tribunal *a quo* em recurso exclusivo da defesa agravar a situação do réu invocando fato superveniente e fundamento novo para justificar a valoração negativa da circunstância relativa aos antecedentes na fixação da pena.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.332.403/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/4/2014)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA. MAUS ANTECEDENTES. *REFORMATIO IN PEJUS*. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUMENTO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE QUALIFICADORAS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. Incorre em *reformatio in pejus* o acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da Defesa, embora utilizando-se de condenação transitada em julgado, que não foi utilizada para efeito da reincidência, reconhece mau antecedente que não foi mencionado pela sentença condenatória.

[...]

7. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão ora atacado e a sentença condenatória, na parte relativa à individualização da pena-base e à majoração da reprimenda em razão das causas de aumento, fixar a pena do ora Paciente em 06 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 09 dias-multa.

(HC n. 133.800/MS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/6/2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, incorreta a conclusão do Tribunal de origem, no sentido da possibilidade de utilizar, como maus antecedentes ou reincidência, condenação contra a qual pende de julgamento recurso manifestado pela acusação, ainda que já tenha havido o trânsito em julgado para a defesa. Mesmo que ainda reste para ser apreciado tão só recurso da acusação, o decreto condenatório somente se torna definitivo quando há o trânsito em julgado para as duas partes.

Destarte, no julgamento do recurso acusatório podem ser reconhecidas, de ofício, matérias benéficas à defesa, por força do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, ou mesmo haver a consumação do prazo da prescrição da pretensão punitiva, que extingue a punibilidade e fulmina integralmente a condenação proferida.

Dessa maneira, afastada a existência de maus antecedentes e reincidência, devem os autos retornar ao Tribunal *a quo* para que avalie se o recorrente faz jus ou não à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, apenas sob o enfoque do requisito da não dedicação a atividades criminosas, uma vez que apenas este foi considerado desatendido pela sentença.

Vale lembrar que, embora postule o recorrente a aplicação da minorante diretamente nesta Corte, tal se mostra inviável, pois a verificação do pressuposto mencionado demandaria o reexame de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

Verifico, ainda, a existência de outra ilegalidade flagrante.

Com efeito, de um lado, o Juízo singular fixou o regime inicial fechado tão somente porque o *tráfico ilícito de drogas é crime equiparado a hediondo por força do disposto no art. 2º, caput, do referido diploma* [Lei n. 8.072/1990] (fl. 117).

De outro, o Tribunal manteve a imposição do regime mais severo tão somente com lastro na gravidade abstrata do delito (fl. 182):

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme entendimento adotado por essa Câmara o Crime perpetrado pelo apelante é de natureza gravíssima, equiparado a hediondo. Logo, considera-se o único regime prisional compatível é o inicial fechado.
[...]

Contudo, como é cediço, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Igualmente, também é firme a orientação deste Tribunal Superior (Súmula 440) e do Supremo Tribunal Federal (Súmulas 718 e 719) no sentido de que a gravidade abstrata do delito não justifica a imposição de regime mais severo do que aquele que seria legalmente possível.

Dessa maneira, a Corte de origem deve proceder à nova fixação do regime, de forma concreta, em observância à orientação traçada nos enunciados mencionados.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial e **concedo habeas corpus de ofício**, para afastar a reincidência e os maus antecedentes e determinar ao Tribunal de origem que analise, como entender de direito, se o recorrente atende o requisito de não dedicação a atividades criminosas, para fins de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, procedendo à nova fixação de regime, de forma concretamente fundamentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0098207-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.451.802 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 190912 19092012 20130000520388 228449220128260625 6250120120228441
90000034720128260625

PAUTA: 12/02/2015

JULGADO: 12/02/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : C C DE O

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, deu parcial provimento ao recurso especial, expedindo, ainda, ordem de habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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