

**HABEAS CORPUS Nº 510.561 - SP (2019/0139002-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RICARDO CÉSAR FRANCO - SP226742  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ERIVALDO RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de ERIVALDO RODRIGUES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Revisão Criminal n. 0002527-03.2015.8.26.0000.

De acordo com os autos, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ 17-25).

A sentença transitou em julgado sem a interposição de apelação pela defesa.

Visando a reforma da sentença condenatória, a defesa ajuizou revisão criminal, que foi indeferida pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 28-41).

Segundo a impetração, o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em resumo, porque a pena-base relativa ao delito de tráfico de drogas teria sido indevidamente exasperada.

Sustenta que a vida pregressa do paciente não pode ser utilizada para aumentar a sanção básica e agravar a pena na segunda fase da dosimetria penal, pois tal procedimento denotaria a ocorrência de *bis in idem*.

Alega, ainda, que as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para que sejam reduzidas as reprimendas do paciente.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 50-51).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 57-60 e 62-111).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 113-117).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

De início, do exame do acórdão proferido na revisão criminal (e-STJ fls.

28-41), constata-se que a questão relativa ao reconhecimento da confissão espontânea não foi objeto de análise pela Corte de origem, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de atuar em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. DUPLA VALORAÇÃO DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. No tocante à irregularidade apontada na dosimetria da pena em razão da dupla valoração da certidão de antecedentes, verifico que o tema não foi apreciado pela Corte de origem, o que obsta a sua análise no presente mandamus, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.*

*[...]*

*3. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no AgRg no HC 405.403/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe de 10/04/2019)*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO BEM SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*IV - O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a insurgência relativa à primeira fase da dosimetria, porquanto não foi arguida originariamente. Assim, esta Corte fica impedida de se manifestar diretamente sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 488.386/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe de 28/03/2019)*

No tocante à fixação da reprimenda básica, importante ressaltar que, nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena na via estreita do *habeas corpus* é admissível apenas diante de ilegalidade manifesta.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre no caso em análise, sabe-se que o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da

substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

*Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

Não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado no caso concreto, em que, inclusive, foi estabelecido um aumento proporcional.

No caso em análise, a pena-base foi mantida pelo Tribunal de origem com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 32-33):

*Na primeira fase, a pena-base foi majorada em 1/6 acima do mínimo legal, perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão, bem como ao pagamento do montante equivalente a 583 dias-multa, no valor mínimo legal, tendo em vista que o **peticionário ostenta mais de uma condenação caracterizadora de reincidência, conforme se depreende às fls. 110v e 139, sendo uma delas utilizada como maus antecedentes.***

*Em face da reincidência (fls. 110v e 140), a pena foi majorada em 1/6, totalizando 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, bem como ao pagamento de 680 dias-multa, no valor mínimo legal.*

*Como bem ponderou o nobre Procurador de Justiça, o reconhecimento concomitante entre os maus antecedentes e a reincidência não configura "bis in idem", uma vez que são expressamente regulados pela lei penal nos seus artigos 59, caput; 61, inciso I; 63 e 68, todos do Código Penal, a permitir a individualização da pena e possibilitar o exercício mais vigoroso de direito de punir em relação ao indivíduo que ostenta antecedentes criminais negativos e foi condenado anteriormente, sendo que deliberadamente se envolve na prática de nova infração penal, situação que justifica exacerbar a pena na primeira e na segunda fase do cálculo e reduzir o direito ao gozo de benefícios.*

*As referidas circunstâncias agravantes encontram amparo na própria Constituição Federal, diante da interpretação dos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, bem como na individualização da pena.*

*Tem-se, dessa forma, que tal acréscimo decorre da necessária distinção que se há de fazer entre os*

*agentes, após análise da personalidade de cada um, tendo em vista atos pregressos de seu comportamento social. Sendo clara a injustiça, caso contrário, em que o reincidente receba o mesmo tratamento dado a um condenado primário.*

*Portanto, o aumento da pena pelos maus antecedentes e pela reincidência não implica o réu está sendo punido duas vezes pelo crime cometido, mas, diferentemente, pelo que os atos praticados pelo agente refletem em relação ao seu comportamento social. O aumento da pena-base em razão dos maus antecedentes do agente não tem relação com o aumento da pena em face da reincidência, pois são causas de aumento de pena completamente distintas.*

Como se vê, a presença de circunstância judicial negativa (maus antecedentes) justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Ao contrário do que alega o impetrante, existindo mais de uma condenação transitada em julgado, não há qualquer ilegalidade em considerar uma delas para incidir a agravante da reincidência e a outra para majorar a reprimenda básica.

Nesse norte:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS POR AÇÃO EM CURSO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO CARACTERIZADA. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS DEFINITIVAS. DOCUMENTO ESSENCIAL À COMPROVAÇÃO DA ALEGAÇÃO DO AGRAVANTE NÃO JUNTADO NO MANDAMUS. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE 1/5. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO E AFIRMOU SER USUÁRIO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

*6. A majoração da pena-base, em razão dos maus antecedentes, em 1/5 mostra-se razoável, considerando, sobretudo, que foram apresentadas duas condenações anteriores para negativar a referida circunstância judicial, bem como os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão. Ressalto que a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa*

*discrecionariade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016), como na hipótese dos autos.*

***7. A jurisprudência deste Sodalício tem se posicionado no sentido de que, considerando a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o bis in idem, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes e da reincidência.***

*In casu, trata-se de paciente que ostenta três condenações com trânsito em julgado anterior ao delito praticado (uma por tráfico e duas por roubo), não havendo ilegalidade na utilização de duas dessas condenações para justificar o aumento da pena-base, em razão da consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como da utilização de outra condenação para elevar a pena na segunda etapa, ante a constatada reincidência.*

***8. A confissão espontânea pela prática de uso de drogas não enseja a aplicação da referida atenuante se o réu foi condenado pelo delito de tráfico de drogas, conforme jurisprudência desta Corte.***

***9. Agravo regimental desprovido.***

*(AgRg no HC 460.888/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe de 21/03/2019; sem grifos no original)*

***HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSEQUÊNCIAS DELITIVAS DESFAVORÁVEIS. EVENTO COPA DO MUNDO NO BRASIL. LOCAL FREQUENTADO POR JOVENS E TURISTAS DURANTE O EVENTO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.***

***[...]***

***3. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.***

***4. Inexiste bis in idem na majoração da pena-base por maus antecedentes, na primeira fase dosimétrica, e pela reincidência, como agravante, desde que as anotações criminais sejam diversas.***

***Precedentes.***

***5. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas e integravam associação criminosa voltada para o tráfico, não incide a causa especial de diminuição de pena, pois não se consideram preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.***

***6. Ordem denegada.***

# *Superior Tribunal de Justiça*

## DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2689 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 12 de Junho de 2019 Publicação: Quinta-feira, 13 de Junho de 2019

(HC 418.706/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe de 14/03/2018; sem grifos no original)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece do *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

