

31/08/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.390 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : CARLOS RAMIRO CUNHA BRAZ GOMES
IMPTE.(S) : CARLOS RAMIRO CUNHA BRAZ GOMES
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

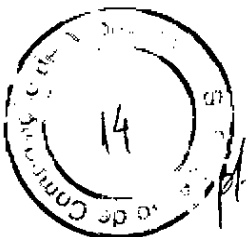
EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA NÃO ADMITIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES DO PACIENTE RECONHECIDOS PELO JUIZ SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL EM SEDE DE APELAÇÃO. PRECEDENTES. IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA NESSA EXTENSÃO.

I - Das questões suscitadas no Superior Tribunal de Justiça, somente àquela relativa à aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi conhecida por aquela Corte. Todas as demais (redução da pena pela delação premiada, inclusão do paciente em programa de proteção à testemunha e a progressão de regime prisional) não foram conhecidas por não terem sido debatidas pelo Tribunal de origem.

II - Esse fato também impede que elas sejam conhecidas por esta Suprema Corte, sob pena de incorrer-se em dupla supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites da competência outorgada no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes.

III - Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

IV - No presente caso, o Juízo de primeiro grau deixou de aplicar a causa de diminuição da pena, em razão dos maus antecedentes do



HC 97.390 / SP

paciente, reconhecidos também pelo Tribunal em sede de apelação.

V - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente específico, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenação anterior pelo mesmo crime caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua reprovável conduta social, o que impede a aplicação da referida causa especial de diminuição da pena. Precedentes.

VI – *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado nessa extensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de agosto de 2010.

RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE E RELATOR

31/08/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.390 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **CARLOS RAMIRO CUNHA BRAZ GOMES**
IMPTE.(S) : **CARLOS RAMIRO CUNHA BRAZ GOMES**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: - Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Carlos Ramiro Cunha Braz Gomes, em nome próprio, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 107.374/SP, Rel. Min. Jorge Mussi.

O impetrante/paciente narra, em suma, que está recolhido na ala de progressão da Penitenciária II de Tremembé/SP, cumprindo pena em regime semiaberto.

Requer, ao fim, sejam requisitados os documentos que instruíram o HC 107.374/SP, denegado pelo STJ, bem como as razões de defesa que o instruíram (fl. 2).

Em 12/2/2009, por estar a inicial desacompanhada de qualquer documento que possibilitasse à aferição do quanto alegado e o exame dos pedidos, solicitei informações ao STJ e, na sequência, fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fl. 14).

À fl. 26, a Ministra Laurita Vaz informou que foi manejado, em favor do paciente, o HC 128.050/SP, encaminhando cópia da decisão pela qual indeferiu o pedido de liminar (fls. 27-28).

Na sequência, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou

HC 97.390 / SP

pela reiteração do pedido de cópias de todos os documentos que instruíram o HC 107.374/SP do STJ, objeto da irresignação veiculada neste *writ* (fls. 31-32), o que foi por mim determinado à fl. 35.

Novamente, a Ministra Laurita Vaz prestou informações referentes ao HC 128.050/SP (fl. 40) e remeteu os documentos de fls. 41-43.

O *Parquet* Federal manifestou-se, então, pelo não conhecimento da impetração (fl. 46).

Em 15/5/2009, o Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, remeteu dados relativos ao HC 107.374/SP (fls. 49-21), ora questionado, encaminhando cópia do inteiro teor daqueles autos (fls. 53-89).

Com essas novas informações, determinei que se ouvisse, uma vez mais, o Procurador-Geral da República (fl. 91).

Em novo parecer, o Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves manifestou-se pelo parcial conhecimento do *writ* e, na parte conhecida, pela denegação da ordem (fls. 94-100).

É o relatório.

31/08/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.390 SÃO PAULO

VOTO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): Bem examinado os autos, tenho que o caso é de parcial conhecimento da impetração e, na parte conhecida, de denegação da ordem.

A ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal no HC 107.374/SP foi assim redigida:

"HABEAS CORPUS. DELAÇÃO PREMIADA E COLOCAÇÃO EM PROGRAMA DE PROTEÇÃO À TESTEMUNHA. PROGRESSÃO DE REGIME. QUESTÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. *As questões da redução da pena pela delação premiada, da inclusão em programa de proteção à testemunha e da progressão de regime, por não terem sido debatidas pelo Tribunal de origem, não podem ser apreciadas nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.*

2. *Writ não conhecido nesse ponto.*

DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR NO MESMO TIPO DE DELITO. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. *Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do*

HC 97.390 / SP

Código Penal, a condenação anterior, pela mesma espécie de delito, é justificativa suficiente para a negativa de diminuição da sanção com base no previsto no art. 33, § 4º, da novel Lei 11.343/06.

2. Ordem denegada”.

Embora o impetrante/paciente não tenha exposto, objetivamente, os fundamentos desta impetração, é possível concluir que o presente *habeas corpus* volta-se contra o acórdão antes transcrito, mesmo porque o impetrante requereu, na inicial, a juntada das razões que fundamentaram aquele *writ*.

O Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, resumiu os termos daquele *habeas* assim:

“Trata-se de habeas corpus, impetrado de próprio punho por CARLOS RAMIRO (ou RAMITO) CUNHA BRAZ GOMES, contra acórdão proferido pela 10ª Câmara do 5º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando apelação criminal lá ajuizada em seu favor, negou-lhe provimento, mantendo a sentença que o condenou ao cumprimento de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, por violação ao art. 33, caput, da lei n. 11.343/06.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o Tribunal impetrado não poderia ter mantido a sentença no ponto em que negou-lhe a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, uma vez que preencheria os requisitos legalmente previstos para a incidência da novel causa de especial diminuição de pena, salientando que é tecnicamente primário, já que possui somente uma condenação anterior, tendo a pena sido cumprida, tanto que extinto o feito em 1995, não se dedica à atividades criminosas, nem integra organização delitiva.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja aplicado em seu favor o redutor do art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo.

HC 97.390 / SP

Solicitadas informações (fls. 110), sobreveio petição do impetrante-paciente, postulando a aplicação em seu favor da delação premiada, no máximo legalmente previsto, já que teria apontado policiais militares que seriam 'os mentores do delito' pelo qual estaria cumprindo pena, 'e os verdadeiros proprietários do entorpecente apreendido' (fls. 15), requerendo, ainda, fosse credenciado em programa de proteção à testemunha, pois nos próximos dias ficaria frente a frente daqueles que teria delatado.

As informações foram prestadas pelo Tribunal dito coator (fls. 21/22), que trouxe aos autos elementos suficientes para o deslinde da questão.

Instado, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

Sobrevieram outras duas petições do impetrante-paciente, uma reiterando o pedido de concessão dos benefícios da delação premiada e outra requerendo isto e também a progressão de regime, ao argumento de que o delito foi cometido antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/07" (fls. 80-81).

Inicialmente, observo que, das questões suscitadas no STJ, somente àquela relativa à aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi conhecida por aquela Corte.

Todas as demais (redução da pena pela delação premiada, inclusão do paciente em programa de proteção à testemunha e a progressão de regime prisional) não foram conhecidas por não terem sido debatidas pelo Tribunal de origem. Esse fato também impede que sejam conhecidas por esta Suprema Corte, sob pena de incorrer-se em dupla supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites da competência outorgada no art. 102 da Constituição Federal.

Foi no mesmo sentido, aliás, o parecer do Ministério Público Federal, que assim se pronunciou sobre o tema:

HC 97.390 / SP

“8. Assim, esse Pretório Excelso fica impedido de conhecer dos pleitos relacionados à delação premiada, proteção à testemunha e progressão de regime, sob pena de supressão de instância. Afinal, do contrário, estará a Suprema Corte apreciando diretamente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, desrespeitando as regras de competência do art. 102, I, 'd' e 'i', da CF/88 (hipóteses taxativas de cabimento de habeas corpus no STF). Neste sentido, são diversos os precedentes:

‘Execução penal. Progressão de regime. Cognição pelo STF, em habeas corpus. Inadmissibilidade. Matéria originalmente suscitada, noutros habeas corpus, perante o Tribunal de Justiça local e o Superior Tribunal de Justiça, que dela não conheceram. Supressão de instâncias. Inadmissibilidade. Agravo improvido. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não tenha sido conhecida pelas instâncias ordinárias’ - grifo nosso (HC-AGR nº 92.727/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, unânime, DJ 20.6.2008).

‘Processual Penal. Habeas Corpus. Supressão de Instância. Impossibilidade. I – Impossibilidade da atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal quando os argumentos expostos não foram enfrentados pela Corte de origem, sob pena de supressão de instância. II – Habeas Corpus não conhecido’ - grifo nosso (HC nº 91.453/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, unânime, julgado de 26.2.2008)” (fl. 97 – grifos no original).

Importante registrar, ainda, que o paciente já está cumprindo pena em regime semiaberto, desde 13/10/2008, e, no HC 128.050/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, também manejado no STJ, formulou pedido de progressão para o regime aberto, não tendo a Ministra Relatora, no entanto, conhecido da impetração, sob os seguintes fundamentos:

HC 97.390 / SP

“O pedido de progressão para o regime aberto de cumprimento de pena, conforme se observa dos presentes autos, ainda não foi examinado nas instâncias ordinárias, estando em processamento junto ao Juízo da Vara de Execuções Penais, o que inviabiliza o conhecimento do presente writ no tocante ao benefício.

Ademais, a concessão de progressão de regime e/ou de livramento condicional se condiciona ao cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos, matéria de competência do Juízo das Execuções, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça apreciar originariamente o pedido, sob pena de supressão das instâncias ordinárias.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do presente habeas corpus” .

No que concerne à aplicação da redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, não tem razão o impetrante/paciente.

Para a concessão desse benefício, exige-se que o réu preencha alguns requisitos de caráter pessoal, assim dispostos na referida lei:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (grifos meus).

No presente caso, o Juízo de primeiro grau deixou de aplicar a causa

HC 97.390 / SP

de diminuição da pena em virtude dos antecedentes criminais do paciente. Veja-se, a propósito, o seguinte excerto da sentença:

“(…) Diante da situação indicada em sua Folha de Antecedentes Criminais, ainda que não provada a reincidência, ostenta péssimos antecedentes criminais e assim, impossível à (sic) aplicação do parágrafo 4º do art. 33 da lei especial, ficando a pena imposta convertida em definitiva, por não encontrar circunstâncias modificadoras aplicáveis” (fls. 67-68 – grifos meus).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao julgar a apelação da defesa, manifestou-se no mesmo sentido:

“No que diz com as penas a Lei nº 11.343/06 dispõe expressamente no § 4º do artigo 33 que ‘as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa’.

Mas esse dispositivo legal não pode ser desassociado do art. 42 da mesma lei, ao estabelecer que 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’.

Mediante a conjugação dos dois dispositivos legais é que será examinada a possibilidade de redução, como previsto, não podendo se desconsiderar que essa redução é facultativa, já que expresse no § 4º do art. 33 que as penas ‘poderão’ ser reduzidas.

No caso específico é preciso considerar a quantidade de entorpecentes apreendida em poder do apelante. Além do mais, na sentença cuja cópia está às fls. 113/118, douta magistrada da 8ª Vara Criminal de São Paulo salientou que o réu possui maus antecedentes. Ficam, portanto, mantidas as penas impostas, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa” (fls. 59-60).

HC 97.390 / SP

O Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, também observou em seu voto o seguinte:

“Com efeito, da certidão de antecedentes do impetrante-paciente, trazida aos autos pela autoridade impetrada, infere-se que consta contra ele condenação anterior, por tráfico de drogas, com trânsito em julgado para as partes há mais de cinco anos, sendo por isso, considerado detentor de maus antecedentes” (fl. 83).

Pois bem, embora o paciente não possa ser considerado reincidente específico, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenação anterior pelo mesmo crime caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua conduta social reprovável. Foi o que decidiu esta Primeira Turma, por exemplo, no julgamento do RHC 86.547/SP, Rel. Min. Ayres Britto, cuja ementa deu-se no seguintes termos:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR ROUBO, EM REGIME INICIAL FECHADO. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSISTENTE NA APLICAÇÃO DE PENA ACIMA DO MÍNIMO EM FACE DE CONDENAÇÕES ANTERIORES, CONSIDERADAS A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES, PORQUANTO TRANSCORRIDO O PRAZO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA REINCIDÊNCIA. PRETENSÃO DE REDUZIR-SE A CONDENAÇÃO AO MÍNIMO LEGAL PREVISTO, COM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado quanto à possibilidade de a condenação criminal que não pôde ser considerada para o efeito de reincidência -- em face do decurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do CP --, ser

HC 97.390 / SP

considerada a título de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena. Precedentes .

Caso em que o recorrente não invoca nenhum fundamento específico para a alteração do regime prisional, mas tão somente vincula o pedido à pretensão de ver reduzida a pena imposta. Assim, é de se ter esse pedido como prejudicado, facultando-se, de pronto, nova impetração, desde que sob fundamento autônomo e na instância competente. Recurso ordinário desprovido” (grifos meus).

No mesmo sentido, entre outros, cito os seguintes precedentes: HC 86.415/PR, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 75.965/MG, Rel. Min. Sydney Sanches; HC 69.001/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

Essa circunstância impede a aplicação da referida causa especial de diminuição da pena, conforme também já decidiu esta Suprema Corte, no seguinte julgado:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO-PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade de a extinção dos efeitos da reincidência (art. 64, I, do Código Penal) eliminar os efeitos de maus antecedentes para fins de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/07.

2. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 trouxe uma causa especial de diminuição de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), concedida ao agente que cumpre os seguintes requisitos cumulativamente: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

3. Não há que se falar em aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, se o juízo de 1º grau reconheceu que o paciente registra maus

HC 97.390 / SP

antecedentes, fato este ainda confirmado em sede de recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

4. Esta Corte tem orientação pacífica de que condenação criminal não considerada para efeito de reincidência - em razão de decurso de prazo previsto no artigo 64, I, do Código Penal - pode vir a sê-lo para efeito de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena.

5. Com base no disposto no art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, a não-utilização da causa de diminuição de pena deve-se ao fato da existência de maus antecedentes criminais (CP, art. 59).

6. Habeas corpus denegado” (HC 98.803/MS, Rel. Min. Ellen Gracie – grifos meus).

Com essas observações, conheço parcialmente do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denego a ordem.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 97.390

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S): CARLOS RAMIRO CUNHA BRAZ GOMES


IMPTE.(S): CARLOS RAMIRO CUNHA BRAZ GOMES

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 31.08.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.
Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.


Fabiane Duarte
Coordenadora