



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.366 - SP (2013/0289198-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLERIVALDO BECO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. *QUANTUM* DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão das competências do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratarem-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – com ressalva da posição pessoal da Relatora –, também nos casos de manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

4. Não há constrangimento ilegal na sentença que fixa o percentual de acréscimo pela reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena, acima de 1/6, motivadamente, em razão da existência de duas condenações anteriores com trânsito em julgado. Precedentes.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de junho de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.366 - SP (2013/0289198-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLERIVALDO BECO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de CLERIVALDO BECO DA SILVA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n.º 0040735-42.2011.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 660 (seiscentos e sessenta dias-multa), como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Diante disso, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça local, que negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, sustenta a Impetrante, em síntese, que o Juízo sentenciante, na segunda fase da dosimetria, impôs excessiva fração de aumento pelo reconhecimento da reincidência.

Requer, liminarmente e no mérito, o estabelecimento de acréscimo proporcional em razão do reconhecimento da reincidência.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 39/66, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 70/83, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.366 - SP (2013/0289198-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão das competências do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratarem-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – com ressalva da posição pessoal da Relatora –, também nos casos de manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

4. Não há constrangimento ilegal na sentença que fixa o percentual de acréscimo pela reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena, acima de 1/6, motivadamente, em razão da existência de duas condenações anteriores com trânsito em julgado. Precedentes.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte Superior tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, v.g.), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica que lhe é inerente - não obstante as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça e que, caso eventualmente prevaleça, implicará gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ restringiu, excessivamente, o alcance do remédio constitucional do “habeas corpus”, impondo-lhe condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Concluo, assim, que não pode haver óbice ao cabimento do habeas corpus

– Garantia Fundamental prevista no art. 5.º, inciso LXVIII, da Carta Maior – que não advenha da interpretação da Constituição da República. Fundamentações com base em regras infraconstitucionais para justificar limitação ao manejo do remédio heroico, como na hipótese de recurso ordinário substitutivo de recurso especial, não podem e não devem ser admitidas.

Não obstante meu posicionamento pessoal, em alinhamento com o do Supremo Tribunal Federal, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma deste Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu entendimento –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, a insurgência da Defensoria Pública cinge-se à dosimetria da pena. Alega desproporcionalidade no aumento procedido na segunda etapa, em razão da reincidência.

O Juízo sentenciante formulou a dosimetria da pena com base nos seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos:

"[...]

Com fundamento no artigo 59 do Código Penal, e observando o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, fixei a pena-base em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no mínimo legal, ausentes motivos para rigor maior, ressalvada a reincidência.

Após, tendo em vista que o acusado é duplamente reincidente (certidões de fls. 12, 17/18 e 19 do apenso próprio), aumentei a pena em um terço, atingindo a pena definitiva de seis anos e oito meses de reclusão e seiscentos e sessenta dias-multa.

O maior rigor se justifica ante a dupla reincidência.

Sendo o réu reincidente, inaplicável a redução prevista no art. § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

[...]" (Fls. 49/50).

Ao julgar o recurso de apelação, o Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a dosimetria formulada na sentença mediante os seguintes termos:

"[...]

No que toca à reprimenda, nenhum reparo está a merecer a r. sentença.

O nobre magistrado fixou a pena no mínimo legal por considerar favoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais.

Posteriormente, a pena foi acrescida em razão da comprovada reincidência do acusado, circunstância esta que determinou aumento maior da reprimenda em face de sua dupla ocorrência e, também, acabou por impedir a concessão da benesse prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei de Tóxico.

O pleito da nobre Defensoria no sentido de ver excluída a majoração da pena base em decorrência da reincidência, também utilizada para impedir a aplicação da causa de diminuição de pena, não merece acolhida. Como bem anotou o nobre Promotor de Justiça em seu arrazoado, a questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal que acabou por reconhecer a inexistência de ofensa ao princípio do non bis in idem.

Por fim, vale observar que o regime inicial para cumprimento da pena foi fixado nos termos do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a nova redação que lhe deu a Lei 11.464/07 (...)"

Destarte, como a r. sentença guerreada não foi abalada pelas razões recursais apresentadas, fica ela aqui e agora confirmada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, ratificados a teor do disposto no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

As penas foram corretamente dosadas, de acordo com o livre convencimento motivado do ilustre Juiz sentenciante, o qual, por conseguinte, deve ser preservado, especialmente por não se vislumbrar erro técnico ou excessivo rigor.

O regime prisional estabelecido também guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto e a culpabilidade revelada pelo agente.

Assim, nega-se provimento ao apelo" (Fls. 57/58).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se sabe, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Vale ressaltar que, no caso, o Magistrado sentenciante expressamente consignou, para estabelecer o percentual de aumento da pena, que o Condenado é "*duplamente reincidente*", o que, estreme de dúvidas, torna jurídica a majoração, já que "[*esta*] Corte tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, deve ser devida e concretamente fundamentada [...]" (HC 197.684/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 29/06/2012).

Sendo assim, a existência de duas condenações anteriores com trânsito em julgado, que podem ser consideradas a título de reincidência, legitima o aumento da pena, na segunda-fase, em patamar acima de 1/6, não havendo flagrante desproporcionalidade no percentual utilizado no caso (1/3).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO (1/3). DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS PELO MESMO DELITO. PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO DE TRÊS MAJORANTES. AUMENTO IMPLEMENTADO EM 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 08 ANOS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

[...]

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuente análise do caso concreto.

4. O acréscimo fixado pelo Tribunal de origem, na segunda fase da dosimetria da pena, no patamar de 1/3, em razão da reincidência, não se afigura desproporcional, em se considerando que o agente ostenta duas condenações definitivas pelo mesmo delito contra o patrimônio.

5. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

6. O regime inicial fechado mostra-se o mais adequado na espécie, em razão do quantum da pena definitiva fixado (superior a 08 anos), a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º, alínea a, do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, na terceira fase da dosimetria, redimensionar o percentual de aumento pela presença de três majorantes do crime de roubo agravado, fixando-o no patamar mínimo legal de 1/3, restando a sanção definitiva quantificada em 08 anos, 03 meses e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 18 dias-multa." (HC 198185/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013, sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. APELAÇÃO CRIMINAL. JULGAMENTO REALIZADO POR CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU. CONVOCAÇÃO REALIZADA PELO SISTEMA DE VOLUNTARIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

[...]

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção em 1/3 pelo reconhecimento da agravante da reincidência, ao justificar que o paciente ostenta duas condenações anteriores transitadas em julgado, não há o que se falar em constrangimento ilegal, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

[...]

4. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem." (HC 206434/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011, sem grifos no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0289198-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 276.366 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00407354220118260050 050110407350 20130000374605 407354220118260050
50110407350

EM MESA

JULGADO: 18/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **GUILHERME MAGALDI NETTO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLERIVALDO BECO 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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.