



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.982 - SP (2015/0207757-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO PEREIRA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A *QUO*. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, em patamar superior a 1/6, pela agravante da reincidência, requer fundamento idôneo, não se prestando a tal a simples referência a existência de condenação definitiva por fato anterior. Precedentes.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.982 - SP (2015/0207757-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO PEREIRA DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido de liminar, impetrado em favor de ANTÔNIO PEREIRA DE SOUZA, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 anos de reclusão, em regime fechado, e 600 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

Sustenta a impetrante, em suma, constrangimento ilegal consubstanciado na majoração da pena em 1/5 pela aplicação da agravante da reincidência, uma vez que a *exasperação foi desproporcional, suplantando o mínimo gerado por uma causa de aumento* (fl. 6).

Requer, neste sentido, a concessão da ordem para que o aumento gerado pela reincidência seja aplicado em 1/6.

Foram prestadas as informações às fls. 73/74 e 85.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 88/90 pelo não conhecimento do *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.982 - SP (2015/0207757-0)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Na espécie, verifica-se que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 anos de reclusão, em regime fechado, e 600 dias-multa.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos extraídos do acórdão impugnado, *in verbis*:

Passo a fixar as penas.

A quantidade de droga apreendida não é significativa, embora não seja pequena, destarte, não se justifica a elevação das penas- base dos réus que estabeleço, para cada um, no seu mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.

O réu Antônio é reincidente, conforme certidão de fls. 56, razão pela qual elevo as suas penas em 1/5 e as fixo em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa.

Não há circunstâncias agravantes a considerar e deixo de atenuar as penas fixadas para o réu Wesley em razão da sua menoridade em virtude da impossibilidade de redução delas para aquém do mínimo em que já fixadas por força de atenuante genérica, tem aplicação a Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça.

O réu Antonio, reincidente, não se beneficia da redução prevista na Lei nº 11.343/2006, artigo 33, § 4º.

A redução cabe em relação ao réu Wesley, dada a sua primariedade e bons antecedentes e ausência de provas que se dedique às atividades criminosas e integre organização criminosa. Portanto, reduzo as penas do réu Wesley em 3/5, estabelecendo-as em definitivo em um dois anos de reclusão e duzentos dias-multa, redução fixada em função da quantidade pequena de drogas apreendidas, que não é volumosa, mas não se qualifica como ínfima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime de cumprimento de pena será, de início, o fechado para ambos os réus. Tem aplicação a Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007 que alterou a Lei nº 8.078/90 e permitiu a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados. Incabível o regime aberto pretendida por conta de expressa vedação legal estabelecida em consonância com o artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, acrescentando que a fixação de regime brando é incompatível com o tratamento jurídico mais rigoroso dispensado ao traficante, ainda que considerado pequeno ou eventual, pela reconhecida periculosidade para a sociedade.

Dadas as condições econômicas dos réus, fixo no piso legal o valor de cada dia-multa (fls. 24/25).

Pretende a impetrante, em suma, a aplicação da fração de 1/6 à agravante genérica da reincidência, tendo em vista que o patamar aplicado (1/5) teria sido desproporcional.

Como é consabido, em regra não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

A propósito:

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO ACUSADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso frisar que não foi anexada à inicial do presente mandamus a íntegra da ação penal em apreço, de modo que não é possível verificar se os depoimentos mencionados pelas impetrantes, e que foram utilizados pelo magistrado de origem para fundamentar o exame das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do acusado, não se referiram à pessoa do paciente, mas sim ao seu irmão.

4. Como se sabe, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram as impetrantes.

5. *Ordem denegada* (STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe de 01/09/2011).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO. ART. 121, § 2.º, I E III, DO CÓDIGO PENAL. (1) SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) JÚRI. CONDENAÇÃO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO. REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. (3) DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DUAS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO DA SEGUNDA COMO AGRAVANTE OU CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. (4) NÃO CONHECIMENTO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo de revisão criminal.*

2. *Concluindo o Tribunal de origem que não ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, porque, sopesando as provas e fatos dos autos, afirmou que o Júri optou por uma das teses que encontram amparo no processo penal, não há ilegalidade flagrante a reparar. Aferição, ademais, que demanda revolvimento fático, não condizente com âmbito mandamental e restrito do habeas corpus.*

3. *Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem aponta motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada. E, havendo duas qualificadoras, é possível que uma seja utilizada na primeira ou segunda fase da dosimetria da pena.* 4. *Writ não conhecido* (HC 252.449/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

Consoante consta da sentença condenatória confirmada pelo acórdão impugnado, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo a pena sido aumentada em 1 (um) ano e afastada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ambos em razão da reincidência do paciente.

Inicialmente, no que diz respeito à agravante da reincidência, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da *ausência de ilegalidade na aplicação da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não sendo de falar*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, em 4.4.2013, declarou que é constitucional a aplicação da reincidência como agravante da reprimenda, no tocante aos processos criminais. A matéria teve repercussão geral reconhecida no recurso (RE 732290, de relatoria do ministro Gilmar Mendes), tendo sido julgada no RE n.º 453000/RS, conforme Informativo n.º 700 da Suprema Corte. (HC 207.169/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 19/09/2013.)

Vislumbra-se no caso, contudo, ofensa ao princípio da razoabilidade no aumento das penas pela reincidência.

De fato, observa-se que a pena foi aumentada em 1/5 pela reincidência, tendo em vista a presença de condenação definitiva em desfavor do paciente, não tendo sido indicado, contudo, nenhum outro fundamento capaz de justificar maior exasperação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte, como se vê:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DA PENA EM 1/3. EXISTÊNCIA DE APENAS UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. REDUÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/6 E REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Mesmo tratando-se de reincidência específica, quando baseada apenas em uma única condenação transitada em julgado, sua fixação não pode dar-se de forma exacerbada, devendo ser fixada a elevação em 1/6 (um sexto) da pena, diante da necessária observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.

IV - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

V - Agravo Regimental improvido (AgRg no HC 270.774/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 02/04/2014).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE EM 03 (TRÊS) ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/3 (UM TERÇO). EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. DESPROPORCIONALIDADE. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. VALORAÇÃO NEGATIVA INERENTE À PRÓPRIA CAUSA DE AUMENTO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. O juiz sentenciante considerou, para majorar a pena-base, o fato de o Réu ter cometido o delito durante o cumprimento de pena que lhe fora imposta em razão de crime anterior, o que não confunde com o fato de o crime ter sido praticado no interior de estabelecimento prisional.

3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, visto que, na hipótese dos autos, existem dois fatos diferentes justificando a elevação da pena. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos.

4. O Acusado ostenta maus antecedentes, em virtude de condenação definitiva, da qual restou extinta a punibilidade em face do cumprimento da pena. Inexistência de desrespeito à Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

5. As circunstâncias judiciais da personalidade do agente e da conduta social foram indevidamente valoradas, pois justificadas mediante vagas considerações, sem qualquer fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação da pena-base.

6. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se torna despropositada, levando em conta o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes), que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao delito.

7. Não obstante a maior reprovabilidade da conduta do agente, carece o decreto condenatório de motivação concreta para a fixação da pena-base em mais do que o dobro do mínimo legal, sobretudo porque a exasperação da reprimenda deverá, sempre, respeitar o princípio da proporcionalidade.

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

9. As instâncias ordinárias fixaram o patamar de 1/3 (um terço), tão-só em razão da condição de reincidente específico do Paciente. Contudo, quando se verifica que ostentava ele apenas uma condenação anterior, capaz de ser contabilizada para fins de reincidência, evidencia-se a desproporcionalidade do incremento da pena, impondo-se a sua redução para 1/6 (um sexto).

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do quantum a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.

11. No caso em análise, não se verifica motivação idônea no decisor condenatório para a fixação da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 no patamar de 1/3 (um terço), pois os elementos mencionados como fundamentos são, em realidade, inerentes à própria causa de aumento.

12. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, a fim de reformar o acórdão impugnado no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto (HC 275.072/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).

Neste sentido, nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, em patamar superior a 1/6 pela agravante da reincidência, requer fundamento idôneo, não se prestando a tal a simples a indicação de condenação definitiva por fato anterior.

Passo, assim, ao redimensionamento das penas:

À pena-base de 5 anos e 500 dias-multa, aplica-se o patamar de 1/6 em razão do reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, da agravante genérica da reincidência, totalizando-se a reprimenda 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, mantidos no mais o quanto decidido no título condenatório.

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ. Concedo, porém, a ordem de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0207757-0

HC 333.982 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 050100041108 3572010 50100041108

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMAN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANTONIO PEREIRA DE SOUZA (PRESO)
CORRÉU	: WESLEI DOS SANTOS

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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.