



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.177 - SP (2017/0005087-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIVALDO DE HOLANDA CORDEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6 NA SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - **Na hipótese, há que se falar** em ausência de fundamentação idônea para a majoração da pena em fração maior do que 1/6 (um sexto) pela reincidência, pois, o aumento em 1/3 (um terço) em razão de apenas um título condenatório transitado em julgado, denota desproporcionalidade na segunda fase da dosimetria da pena.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para reduzir a pena do paciente para **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.177 - SP (2017/0005087-7) RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial impetrado em favor de GIVALDO DE HOLANDA CORDEIRO, contra acórdão do egrégio **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, proferido nos autos da Apelação n.º 0047142-25.2015.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, conforme acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO - DOSIMETRIA PENAL ADEQUADA - RECURSO IMPROVIDO" (fl. 17).

Daí o presente writ, no qual sustenta a impetrante que "[a] lei não prevê qual o paradigma a ser adotado para haver aumento da pena em virtude das agravantes. Com isso, seu patamar não pode, por interpretação lógica, ultrapassar o percentual mínimo eleito pelo legislador para as causas de aumento, uma vez que estas são mais graves e expressivas do que aquelas. Como a menor fração prevista em lei para uma causa de aumento é de 1/6, este deve ser o limite máximo para a agravante da reincidência" (fl. 43).

Nesse sentido, requer "seja concedida a ordem de Habeas Corpus para adequar a pena imposta, reduzindo a fração de um terço pela reincidência" (fl. 44) .

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 54-70.

O eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 74-78, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.177 - SP (2017/0005087-7)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6 NA SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na hipótese, há que se falar em ausência de fundamentação idônea para a majoração da pena em fração maior do que 1/6 (um sexto) pela reincidência, pois, o aumento em 1/3 (um terço) em razão de apenas um título condenatório transitado em julgado, denota desproporcionalidade na segunda fase da dosimetria da pena.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se **não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade**. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, sobre o tema, **in verbis**:

*"Na segunda fase, verifico que incide a **agravante da reincidência específica**, (conforme certidão criminal referente aos autos nº 0074932-57.2010.8.26.0050 que tramitaram pela 18ª Vara Criminal Central) tendo em conta sentença condenatória, com trânsito em julgado para o réu aos 05/10/2011, **motivo pelo qual majoro a pena acima fixada em 1/3 (um terço)**, perfazendo total de 06 anos e 08 meses e 666 dias-multa" (fl. 34 - grifei).*

O v. acórdão, por sua vez, estabeleceu:

"Operou-se, a seguir, o aumento de 1/3 (um terço), em razão da circunstância agravante da reincidência (fl. 9, do apenso próprio), o que se apresenta como adequado" (fl. 60).

Com efeito, o Código Penal não estabelece fração mínima ou máxima de aumento de pena a ser aplicada ao réu reincidente, cabendo ao magistrado estabelecer o **quantum** de exasperação, com observância de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação, a teor do art. 93, IX, da CF/1988.

Na espécie, o aumento da pena na fração de 1/3 (um terço) foi efetivado com base em **apenas 1 (uma)** condenação definitiva anterior transitada em julgado, o que evidencia constrangimento ilegal, posto que, no caso, não há a necessidade de maior rigor, mostrando-se, portanto, desproporcional.

Nesse sentido é a **atual** jurisprudência desta Corte:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DELITO DE RECEPÇÃO QUALIFICADA. REINCIDÊNCIA. RESPEITO AO ART. 64, I, DO CP. FRAÇÃO DE 1/3 UTILIZADA SEM JUSTIFICATIVA IDÔNEA. USUAL FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA. PENAS REDUZIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS SUBJETIVOS. BENEFÍCIO NÃO RECONHECIDO. REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269/STJ. DEFERIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Nos termos do art. 64, I, do Código Penal, para efeitos da reincidência, "não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação".

- No caso, a condenação anterior definitiva, utilizada para reconhecimento da reincidência, transitou em julgado em 7/7/2008 e o delito em apelo foi cometido em 27/2/2010, ou seja, dentro do prazo de 5 anos previsto para efeito da agravante em tela, o que impõe a sua manutenção.

- Sabe-se que, em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

- Na espécie, a pena foi agravada pela reincidência, na segunda fase da dosimetria, na fração 1/3, com lastro em apenas uma condenação definitiva anterior, evidenciando o constrangimento ilegal, pois desprovida de qualquer fundamentação concreta a ensejar a necessidade de um maior rigor penal. Assim, agravando-se a pena na usual fração de 1/6, foram as penas redimensionadas para 3 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa.

- Quanto ao regime de cumprimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

- Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

- No caso, o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal, pois, estabelecida a reprimenda em patamar inferior a 4 anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi aplicada no mínimo legal, revela-se desproporcional a fixação do regime fechado apenas em razão da reincidência do acusado. Precedentes.

- Quanto ao pedido de substituição da pena corporal por medidas restritivas, verifica-se que, embora adimplido o requisito objetivo, uma vez que a pena é inferior a 4 anos de reclusão, o paciente não atende aos requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do CP, ante a sua reincidência. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir as penas do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 323.844/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 20/06/2017).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DE 1/3 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO RÉU. AUMENTO EXCESSIVO. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedente.

4. Este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico.

Porém, na hipótese, verifica-se que a reprimenda foi exasperada de 1/3 em razão de apenas um título condenatório transitado em julgado, o que denota a existência de desproporcionalidade na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

*5. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reduzindo a exasperação a título de reincidência ao patamar de 1/4, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório" (HC n. 394.958/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/6/2017).*

Passo a redimensionar a pena.

Na primeira fase mantenho a pena-base estabelecida como na r. sentença, ou seja, no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda etapa, aumento a reprimenda na fração de 1/6 (um sexto), pela reincidência, **alcançando a pena o montante de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, que torno definitivo, pois ausentes causas de aumento e diminuição a serem aplicadas.

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para reduzir a pena do paciente para **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0005087-7

HC 385.177 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00471422520158260050 10162015 471422520158260050

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIVALDO DE HOLANDA CORDEIRO

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.