



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.136 - SP (2012/0018489-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDIR DE SOUZA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. RÉU REINCENTE. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Paciente condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias multa, pelo cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006), por trazer consigo, para fins de mercancia, "2 (dois) pacotes em formato de tijolo, pesando 2.008,5g (duas mil e oito gramas e cinco decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'cocaína', 1 (um) pacote em formato de tijolo, pesando 793,2g (setecentos e noventa e três gramas e duas decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'maconha', 40 (quarenta) invólucros plásticos contendo 10,4g (dez gramas e quatro decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'crack', 113 (cento e treze) invólucros plásticos contendo 531,2g (quinhentos e trinta e uma gramas e duas decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'maconha' e mais 300 (trezentos) supositórios plásticos contendo 288,0g (duzentos e oitenta e oito gramas) da substância entorpecente conhecida como 'cocaina'".

2. Por ocasião da dosimetria da pena relativa ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a reincidência pode ser considerada como circunstância agravante do art. 61, inciso I, Código Penal e óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sem configurar ofensa ao princípio *non bis in idem*, visto tratar-se de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto, previstas expressamente em lei.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.136 - SP (2012/0018489-3)

IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDIR DE SOUZA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VALDIR DE SOUZA SILVA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir as penas do Paciente ao patamar de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias multa, em acórdão assim ementado:

"Apelação Criminal - TRÁFICO DE ENTORPECENTE. Conjunto probatório que inviabiliza a absolvição por insuficiência de provas. Depoimentos de policiais.

Necessidade de prestigiar o testemunho do agente público, mormente quando não há razão para infirmá-lo.

Pena comporta alteração. Aumento em apenas um sexto pelos maus antecedentes. Possibilidade. Bis in idem pela reincidência. Inocorrência. Apelo parcialmente provido." (fl. 17)

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente *writ*, no qual a Impetrante sustenta que a mesma circunstância fática (reincidência) serviu, a um só tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição, representando, assim, duplo apenamento em flagrante violação ao princípio *non bis in idem*.

Alega que a Lei de Drogas é especial. Logo, esta deve ser aplicada em detrimento da exacerbação prevista na parte geral do Código Penal, que é, no presente caso, de aplicação subsidiária, conforme se depreende da interpretação do art. 12 do referido diploma legal.

Requer, por tais razões, seja desconsiderado o aumento da pena efetuado em razão da agravante da reincidência.

As judiciosas informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 34/37, opinando pela denegação da ordem de *Habeas Corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.136 - SP (2012/0018489-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. RÉU REINCENTE. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Paciente condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias multa, pelo cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006), por trazer consigo, para fins de mercancia, "2 (dois) pacotes em formato de tijolo, pesando 2.008,5g (duas mil e oito gramas e cinco decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'cocaína', 1 (um) pacote em formato de tijolo, pesando 793,2g (setecentos e noventa e três gramas e duas decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'maconha', 40 (quarenta) invólucros plásticos contendo 10,4g (dez gramas e quatro decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'crack', 113 (cento e treze) invólucros plásticos contendo 531,2g (quinhentos e trinta e uma gramas e duas decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'maconha' e mais 300 (trezentos) supositórios plásticos contendo 288,0g (duzentos e oitenta e oito gramas) da substância entorpecente conhecida como 'cocaina'".

2. Por ocasião da dosimetria da pena relativa ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a reincidência pode ser considerada como circunstância agravante do art. 61, inciso I, Código Penal e óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sem configurar ofensa ao princípio *non bis in idem*, visto tratar-se de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto, previstas expressamente em lei.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Narram os autos que o Paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, por trazer consigo, para fins de mercancia, "2 (dois) pacotes em formato de tijolo, pesando 2.008,5g (duas mil e oito gramas e cinco decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'cocaína', 1 (um) pacote em formato de tijolo, pesando 793,2g (setecentos e noventa e três gramas e duas decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'maconha', 40 (quarenta) invólucros plásticos contendo 10,4g (dez gramas e quatro decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'crack', 113 (cento e treze) invólucros plásticos contendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

531,2g (quinhentos e trinta e uma gramas e duas decigramas) da substância entorpecente conhecida como 'maconha' e mais 300 (trezentos) supositórios plásticos contendo 288,0g (duzentos e oitenta e oito gramas) da substância entorpecente conhecida como 'cocaina'" (fl. 4).

Em primeiro grau, foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias multa. Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento, a fim de reduzir as penas ao patamar de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias multa.

No que diz respeito à aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, assim se pronunciou a Corte *a quo*, *in verbis*:

"No concernente ao instituto da reincidência e à causa especial de diminuição de pena, observo que a reincidência, devidamente certificada a fls. 71 dos autos, autoriza a majoração de um sexto das reprimendas e impede a incidência da benesse prevista no parágrafo 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo que se falar em bis in idem como sustentou a defesa.

Em um primeiro momento, a pena da ré sofre majoração em razão da presença de uma circunstância agravante, na hipótese, uma condenação anterior transitada em julgado que configurou a reincidência.

A não aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, refere-se à ausência de um dos requisitos legais previstos para a concessão da benesse, qual seja, a primariedade do acusado.

Nesse aspecto, a intenção do legislador restou expressada com muita clareza, restringindo o campo de interpretação, de modo que considero inacolhível a pretensão deduzida. [...]" (fls. 21/22)

Correta, portanto, a negativa de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista a expressa vedação legal da concessão da benesse aos reincidentes.

Por ocasião da dosimetria da pena relativa ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a reincidência pode ser considerada como circunstância agravante do art. 61, inciso I, Código Penal e óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, sem configurar ofensa ao princípio *non bis in idem*, visto tratar-se de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto, previstas expressamente em lei.

De fato, a reincidência é circunstância que gera diversos efeitos ao condenado, consoante se observa dos seguintes dispositivos legais extraídos do Código Penal, da Lei de Execução Penal, da Lei de Crimes Hediondos e da Lei de Drogas, a saber:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 1 – é circunstância agravante (art. 61, inciso I, do Código Penal);
- 2 – constitui circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes (art. 67, última parte, do Código Penal);
- 3 – impede a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nas hipóteses de reincidência em crime doloso e reincidência específica (art. 44, inciso II e § 3.º, do Código Penal);
- 4 – impede a substituição de pena privativa de liberdade por multa, no caso de reincidência em crime doloso (art. 60, § 2.º, do Código Penal);
- 5 – agrava o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, § 2.º, alíneas *b* e *c*, do Código Penal);
- 6 – impede a concessão do *sursis*, no caso de reincidência em crime doloso (art. 77, inciso I, do Código Penal);
- 7 – aumenta o prazo de cumprimento da pena necessário para a obtenção do livramento condicional, na hipótese de reincidência em crime doloso (art. 83, inciso II, do Código Penal);
- 8 – impede a concessão de livramento condicional, no caso de reincidência específica em crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou terrorismo (art. 83, inciso V, do Código Penal; art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/06);
- 9 – aumenta o prazo de prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, última parte, do Código Penal);
- 10 – interrompe a prescrição (art. 117, inciso VI, do Código Penal);
- 11 – influi na revogação do *sursis*, do livramento condicional e da reabilitação (arts. 81, inciso I e § 1.º; 86, 87 e 95, do Código Penal);
- 12 – impede a aplicação de algumas causas de diminuição da pena (arts. 155, § 2.º; 170, 171, § 1.º; 180, § 5.º, última parte, do Código Penal; art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06);
- 13 – impede, em algumas hipóteses, a concessão do perdão judicial (arts. 168-A, § 3.º; 180, § 5.º, primeira parte; 337-A, § 2.º, do Código Penal) e do privilégio de aplicação exclusiva da pena de multa (arts. 168-A, § 3.º, e 337-A, § 2.º, do Código Penal);
- 14 – aumenta o prazo de cumprimento da pena necessário para a obtenção de saída temporária, relativamente aos condenados que cumprem a sanção penal no regime semiaberto (art. 123, inciso II, da Lei n.º 7.210/84);
- 15 – aumenta o prazo de cumprimento de pena necessário para a obtenção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

progressão de regime, relativamente aos condenados a crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou terrorismo (art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 8.072/90).

No tocante à vedação da aplicação da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é de ser ressaltado que também é alcançada pelos maus antecedentes; nem por isso, está o Juiz impedido de analisar os antecedentes do agente quando da análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), na primeira fase da dosimetria da pena.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Inviável o reconhecimento da minorante em questão quando evidenciado que o paciente é comprovadamente reincidente, pouco importando se a reincidência é específica ou não, já que ausente qualquer distinção feita pelo legislador nesse sentido.

3. Não há que se falar em bis in idem quando considerada a reincidência na segunda etapa da dosimetria, como agravante genérica, e na terceira fase de aplicação da pena, como impeditivo para o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois se trata apenas de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação da reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e à reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

4. Ordem denegada." (HC 178.933/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 09/03/2011; grifei)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO. COCAÍNA E CRACK. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. MAIS DE CINCO ANOS. PERÍODO DEPURATIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA. SUA CONSIDERAÇÃO NA PENA-BASE E NA TERCEIRA FASE DA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA FUNDAMENTADA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Segundo entendimento desta Corte, condenações com trânsito em julgado, há mais de cinco anos, não ensejam reincidência, mas fundamentam maus antecedentes.

3. **A consideração dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e negar a causa especial de diminuição no tráfico não é bis in idem, porquanto são fases distintas da dosimetria, gerando efeitos diversos em cada uma delas, não havendo se falar, pois, em dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade.**

4. Fixação da reprimenda fundamentada que não se submete ao crivo do habeas corpus, sob pena de revolvimento fático-probatório. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

5. Writ não conhecido." (HC 172.565/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013; grifei)

No mesmo sentido encontram-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal

Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA ALTAMENTE NOCIVA DA DROGA APREENDIDA. REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO. CERTIDÃO. IDONEIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I – Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante considerou os maus antecedentes ostentados pelo réu e a natureza altamente nociva da droga apreendida, de modo que a reprimenda não merece nenhum reparo nesse ponto.

II – Não procede a alegação de que a inexistência de certidão cartorária atestando o trânsito em julgado de eventual condenação inviabilizaria o reconhecimento de maus antecedentes/reincidência e que a folha de antecedentes criminais não serviria para esse fim. Esta Corte já firmou entendimento no sentido da idoneidade do referido documento, que possui fé pública. Precedentes.

III – Infração cometida em transporte público. Incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

IV – Não caracteriza bis in idem a consideração da reincidência para fins de majoração da pena-base e como fundamento para a negativa de concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas.

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

VI – Réu que apresenta maus antecedentes, condição que impede a aplicação da referida causa de diminuição.

VII – Ordem denegada." (HC 107.274, Relator(a): Min. RICARDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-075 PUBLIC 25-04-2011, LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 367-376; grifei)

"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 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, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00323; grifei)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0018489-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.136 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13402009 1743615020108260000 50090632737

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VALDIR DE SOUZA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.