



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.186 - SP (2011/0216000-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GUILHERME DE ARAÚJO FÉRES
ADVOGADO : GUILHERME DE ARAUJO FERES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THARINI LETICIA LISBOA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE MANIFESTA. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. *In casu*, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois a atenuante da menoridade é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

4. *Habeas corpus* concedido para reduzir a reprimenda imposta à paciente a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa pelo delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06, e a 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa pelo crime do art. 35 da mesma norma, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.186 - SP (2011/0216000-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GUILHERME DE ARAÚJO FÉRES
ADVOGADO : GUILHERME DE ARAUJO FERES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THARINI LETICIA LISBOA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de THARINI LETÍCIA LISBOA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista o julgamento da Apelação n.º 990.10.058457-0.

Segundo os autos, a paciente foi condenada em primeiro grau de jurisdição à pena de 6 anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, e a 4 anos de reclusão, pelo crime do art. 35 do mesmo Diploma Legal. Constatou da sentença, no que interessa (fl. 34):

Atenta às diretrizes do art. 42 da lei acima mencionada, passo a dosar as penas. Com relação à co-ré THARINI LETICIA LISBOA DA SILVA - artigo 33, *caput* da lei 11.343/06, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal, já considerada menoridade, atenuante que não tem o condão de impor fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. É reincidente e por isso a pena-base é acrescida a resultar em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal.

No que tange ao crime previsto no art. 35 da lei 11.343/06, fixo a pena-base em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal, já considerada menoridade, atenuante que não tem o condão de impor fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Ante a reincidência, elevo a pena retro à resultar em 4 anos de reclusão e 800 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal. A reincidência da co-ré Tharini está consignada em certidão de fl. 83.

(...)

Não fazem jus à forma de redução prevista no art. 33, §4º da lei de drogas em vigência porque reincidentes bem como com dedicação à traficância que é aferida diante da dinâmica em que foram surpreendidas somente compatível àquele que tem deliberada ocupação para obtenção do lucro com sede em crime equiparado ao hediondo. É fundamento pelo qual não vislumbro direto aos apelos em liberdade.

Inconformada, a defesa interpôs apelação para o Tribunal de Justiça que, ao apreciá-lo, negou provimento ao recurso, assentando (fls. 25/27):

Por outro lado, a não aplicação da diminuição de pena prevista no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, §4º, da Lei de Drogas, e o reconhecimento de circunstância agravante pela existência da reincidência, não configura "bis in idem".

Sobre a causa de diminuição do §4º, Guilherme de Souza Nucci (Leis penais e processuais penais comentadas, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 361, item 91) salienta ser esta uma "(...) norma inédita, visando à redução de punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § Iº, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda." (grifo nosso).

Assim, o art. 33, §4º, abre a possibilidade de redução de pena se o acusado for primário e tiver bons antecedentes. No caso, a norma não pode incidir visto que ambas são reincidentes. Por ser regra visando diminuir a pena de quem não teve envolvimento com o crime, em nada se confunde com o reconhecimento de circunstância agravante. Estas são circunstâncias que sempre agravam a pena. A reincidência, no caso em tela, impediu a aplicação da norma do §4º e, pela regra do art. 61, "caput", do Código Penal, deve ser aplicada para aumentar a reprimenda.

Sem razão também a alegação de que o aumento em 1/5 (um quinto) foi exagerado.

As apelantes são reincidentes específicas e praticaram inúmeras condutas delitivas anteriores. Há necessidade de uma maior reprimenda estatal, isso justifica o fato de a exasperação ser efetuada acima da fração de 1/6 (um sexto).

Portanto, o édito condenatório foi bem lançado e merece confirmação.

Neste *writ*, o Impetrante aduz constrangimento ilegal ante o fato de não ter sido reconhecido corretamente pelo Juiz da sentença a atenuante da menoridade, o que levaria a fixar as penas, por ambos os crimes, no mínimo legal, uma vez que restaria compensada com a agravante da reincidência.

Sustenta, ainda, que a dosimetria realizada na hipótese viola o sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, na medida em que impossibilitou, na segunda fase, o concurso entre a agravante e a atenuante.

Sendo assim, espera a concessão do *habeas corpus*, para o fim de redimensionar as penas impostas à paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 25/26 e às fls. 33/34.

Foram prestadas as informações às fls. 38/61.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ* (fls. 64/68).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.186 - SP (2011/0216000-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE MANIFESTA. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. *In casu*, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois a atenuante da menoridade é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

4. *Habeas corpus* concedido para reduzir a reprimenda imposta à paciente a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa pelo delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06, e a 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa pelo crime do art. 35 da mesma norma, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Busca-se, com o presente *writ*, a compensação da atenuante da menoridade com a agravante da reincidência.

Destaque-se, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte.

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu." (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Na hipótese, observa-se que, após o julgamento da apelação, a Defesa impetrou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso cabível, vale dizer, o especial.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que se constata na hipótese.

Veja-se a fundamentação adotada na sentença condenatória, no ponto (fl. 34):

Atenta às diretrizes do art. 42 da lei acima mencionada, passo a dosar as penas. Com relação à co-ré THARINI LETICIA LISBOA DA SILVA - artigo 33, caput da lei 11.343/06, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal, já considerada menoridade, atenuante que não tem o condão de impor fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. É reincidente e por isso a pena-base é acrescida a resultar em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal.

No que tange ao crime previsto no art. 35 da lei 11.343/06, fixo a pena-base em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal, já considerada menoridade, atenuante que não tem o condão de impor fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Ante a reincidência, elevo a pena retro à resultar em 4 anos de reclusão e 800 dias-multa, fixado o valor no mínimo legal. A reincidência da co-ré Tharini está consignada em certidão de fl. 83.

Já o Tribunal de origem entendeu que (fl. 21):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As apelantes são reincidentes específicas e praticaram inúmeras condutas delitivas anteriores. Há necessidade de uma maior reprimenda estatal, isso justifica o fato de a exasperação ser efetuada acima da fração de 1/6 (um sexto).

Portanto, o édito condenatório foi bem lançado e merece confirmação.

Todavia, não há como prosperar o acréscimo da pena decorrente da agravante da reincidência, porquanto a atenuante da menoridade é preponderante, conforme pacífico entendimento desta Corte. Confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. 1. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA A SER TRATADA EM VIA RECURSAL PRÓPRIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 2. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

2. Nos termos da pacífica jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça, a atenuante do artigo 65, inciso I, do Código Penal deve prevalecer sobre todas as outras, inclusive sobre a agravante da reincidência, a teor do contido no artigo 67 do mesmo diploma.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, compensando a atenuante da menoridade com a agravante da reincidência, restabelecer a pena imposta na sentença condenatória.

(HC 188.052/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. NECESSIDADE DE APREENSÃO DO ARTEFATO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA.

1. Prevalece, na Sexta Turma desta Corte, o entendimento de que, para a incidência da causa de aumento decorrente do emprego de arma, é indispensável a apreensão do artefato, com a posterior realização de perícia, a fim de comprovar a potencialidade lesiva. Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

2. No caso, tem-se que o artefato não foi apreendido, bem como não foi comprovada sua potencialidade lesiva por outros meios de prova, como, por exemplo, efetuação de disparo durante a prática do delito, o que enseja a exclusão do acréscimo decorrente da referida causa de aumento.

3. Conforme compreensão do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da menoridade prepondera sobre todas as circunstâncias agravantes.

4. Ordem concedida para, de um lado, compensando a atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menoridade com a agravante da reincidência; de outro lado, afastando da condenação o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir as reprimendas, fixando-as definitivamente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantido o regime prisional (semiaberto) fixado na origem.

(HC 154.055/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010)

Registre-se que a questão não se confunde com a configuração da própria reincidência, tema objeto do HC nº 218.491/SP. No presente *writ*, reconhecendo-se caracterizada a reincidência, apenas deixa-se de aumentar a sanção, dada a compensação com a atenuante da menoridade.

Assim, afastado o acréscimo pela agravante da reincidência, tornam-se definitivas as penas-bases estabelecidas pelo Juiz *a quo*, vale dizer, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa pelo delito de tráfico de drogas, e 3 anos de reclusão e 700 dias-multa pelo crime de associação para o tráfico.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para, nos autos da Ação Penal nº 050.08.081099-3, da 17ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, reduzir as reprimendas impostas à paciente, a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa pelo delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06, e a 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa pelo crime do art. 35 da mesma norma, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0216000-0

HC 218.186 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15832008 50080810993 990100584570

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME DE ARAÚJO FÉRES
ADVOGADO : GUILHERME DE ARAUJO FERES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THARINI LETICIA LISBOA DA SILVA (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.