



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.729 - SP (2012/0064725-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO TAVARES JÚNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO FIXADA EM 1/3 (UM TERÇO). PATENTE DESPROPORCIONALIDADE DO ACRÉSCIMO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA PRIMARIEDADE. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

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 Paciente possui apenas uma condenação transitada em julgado antes do delito em tela, apta a configurar a reincidência, logo, o acréscimo da pena na fração de 1/3 (um terço) em decorrência da agravante genérica se revela flagrantemente desproporcional.

4. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para reduzir o aumento decorrente da reincidência à fração de 1/6 (um sexto), fixando a reprimenda definitiva do Paciente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.729 - SP (2012/0064725-8)

IMPETRANTE : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO TAVARES JÚNIOR

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de REGINALDO TAVARES JÚNIOR, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação n.º 990.09.210184-6.

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, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo aproximadamente 11,7 g (onze gramas e sete decigramas) de "cocaína" e 6,5 g (seis gramas e cinco decigramas) de *crack*. Diante disso, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça local, que negou provimento ao recurso. O término da pena está previsto para o dia 31 de janeiro de 2015.

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, visto que o Paciente possui apenas um antecedente criminal. Aduz, ainda, que a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 foi negada com base, também, na reincidência, o que implicou indevido *bis in idem*.

Requer, liminarmente e no mérito, a exclusão do aumento decorrente da reincidência e, subsidiariamente, a aplicação da fração de 1/6 (um sexto) de aumento, pelo reconhecimento da referida agravante.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 54/55.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 64/91, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 95/101, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.729 - SP (2012/0064725-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO FIXADA EM 1/3 (UM TERÇO). PATENTE DESPROPORCIONALIDADE DO ACRÉSCIMO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA PRIMARIEDADE. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

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 Paciente possui apenas uma condenação transitada em julgado antes do delito em tela, apta a configurar a reincidência, logo, o acréscimo da pena na fração de 1/3 (um terço) em decorrência da agravante genérica se revela flagrantemente desproporcional.

4. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para reduzir o aumento decorrente da reincidência à fração de 1/6 (um sexto), fixando a reprimenda definitiva do Paciente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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** 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Pois bem. 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, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo aproximadamente 11,7 g (onze gramas e sete decigramas) de "cocaína" e 6,5 g (seis gramas e cinco decigramas) de *crack*.

A propósito, o Juízo sentenciante formulou a dosimetria da pena com base nos seguintes termos, *ipsis litteris*:

"Na dosagem da pena observo que o réu, é reincidente específico. Pela reincidência específica aplico aumento de um terço e fixo a pena base, que torno definitiva, seis anos e oito meses de reclusão e no pagamento de seiscentos e sessenta e seis dias-multa, fixados no mínimo legal e corrigidos do trânsito em julgado desta.

Pela reincidência específica o réu não faz jus ao benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06." (fl. 30)

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

"As penas, fixadas com adequação, não merecem reparo. A reprimenda, em razão da reincidência (comprovada por certidão cartorária - folhas 8 do apenso), foi fixada em 1/3 acima do mínimo. E o aumento não se mostra excessivo, porque não se pode deixar de considerar que a reincidência é específica, o que justifica maior rigor na majoração."

No que concerne ao *quantum* de aumento implementado pelo reconhecimento da reincidência, cumpre ressaltar que 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, com a devida fundamentação. (Nesse sentido: HC 206.425/SP, Rel. Quinta Turma, Ministra LAURITA VAZ, DJe 19/03/2013; HC 227.688/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 12/03/2013.)

No caso, porém, o acréscimo da pena na fração de 1/3 (um terço), em decorrência da reincidência, revela-se flagrantemente desproporcional, considerando-se, sobretudo, que o Paciente possui apenas uma condenação transitada em julgado antes do delito em tela, apta a configurar a referida agravante (fls. 89/90).

Exemplificativamente, veja-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Quinta Turma, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 02/04/2014; grifei.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. BIS IN IDEM. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A exasperação da pena-base restou devidamente justificada apenas nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por uma sentença condenatória transitada em julgado, que não foi utilizada para configurar a reincidência.

2. No mais, as instâncias ordinárias limitaram-se a afirmar que o réu detém personalidade distorcida e conduta social propensa à delinquência, com fundamentos em ações penais em andamento que não se prestam a majorar a pena-base, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do Enunciado da Súmula n.º 444 desta Corte.

3. **O Paciente possui apenas uma condenação transitada em julgado antes do delito em tela, apta a configurar a reincidência, logo, o acréscimo da pena no patamar de 1/3 em decorrência da agravante genérica se revela flagrantemente desproporcional.**

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando a sentença penal e o acórdão combatido, reduzir a pena do Paciente, nos termos do voto." (HC 191.930/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LAURITA VAZ, DJe 23/08/2013; grifei.)

Outrossim, cabe destacar que a reincidência, específica ou não, é incompatível com a causa especial de diminuição pena de prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto.

Na espécie, como destacado pelo Tribunal de origem (fl. 40), o Paciente é reincidente, o que afasta a aplicação da mencionada causa de diminuição de pena.

Nesse sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL PARA OCULTAR ANTECEDENTES CRIMINAIS. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA. PRETENDIDA FIXAÇÃO DO ACRÉSCIMO DA PENA, PELA REINCIDÊNCIA, NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). PRETENSÃO ACOLHIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

4. A jurisprudência da Suprema Corte, seguida por este Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição da República, afastando-se a alegada violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do non bis in idem. *Precedentes.*

5. **A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.**

6. No tocante ao pedido de que o acréscimo da pena, pela reincidência, seja fixado em 1/6 (um sexto) e não em 1/3 (um terço), constata-se a ausência de interesse processual, na medida em que a pretensão já foi acolhida pelo Tribunal de origem.

7. Ausência de flagrante constrangimento ilegal que eventualmente permita a concessão de ordem ex officio.

8. Writ não conhecido, por se tratar de errônea impetração de habeas corpus originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso especial (ressalvado o entendimento pessoal da Relatora)." (HC 254.009/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 17/02/2014; grifei.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADES CRIMINOSAS E REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na espécie, a instância ordinária findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da reincidência específica do paciente e de sua dedicação às atividades criminosas.

3. Para concluir em sentido diverso - sobre a dedicação à prática delituosa -, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. **A reincidência, uma vez reconhecida, pode ser utilizada como fundamento para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Da mesma forma, não há que se falar em bis in idem na sua consideração como critério para exasperação da pena, pois se tratam de efeitos diversos dados a esse instituto, considerados em etapas distintas da fixação da pena. Precedentes.**

5. Em decorrência da não aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

6. A pena imposta e a reincidência do paciente, conduzem à necessidade de manutenção do regime prisional fechado para o início da expiação.

7. *Ordem denegada.*" (HC 237.214/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 29/06/2012; grifei.)

"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.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 09/03/2011; grifei.)

Passo à individualização da reprimenda.

Nas instâncias ordinárias, a pena-base do Paciente restou fixada em 05 (cinco) anos de reclusão. Na segunda fase, entendo que o aumento de 1/6 (um sexto) pela reincidência encontra-se dentro dos padrões da razoabilidade. Logo, na ausência de causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas, fica estabelecida a sanção final em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da impetração. Porém, CONCEDO ordem de *habeas corpus* de ofício para reduzir o aumento decorrente da reincidência à fração de 1/6 (um sexto), fixando a reprimenda definitiva do Paciente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0064725-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 237.729 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080406653 8572008 990092101846

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : REGINALDO TAVARES JÚNIOR

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 da Sra. Ministra Relatora."

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