



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.964 - SP (2016/0207606-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO NUNES DE LIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA. REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA DA ETAPA INICIAL. QUANTIDADE, NATUREZA, E VARIEDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTO SUFICIENTE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCENTE. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias incorreram no vedado *bis in idem* ao sopesarem uma única reincidência para valorar negativamente a personalidade do agente, na primeira etapa, bem como para compensar com a atenuante de confissão espontânea, na etapa seguinte, o que impõe o afastamento da valoração negativa da personalidade.

5. Embora tenha se afastado a valoração negativa da personalidade do agente, mostram-se suficientes para manter a fração aplicada pelas instâncias antecedentes (1/6), na fixação da pena-base, a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendida - 67 porções de maconha (17,8 g), 82 pinos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crack (18,8 g) -, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (que tem preponderância sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP).

6. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

7. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

8. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas não caracteriza o ofensa ao princípio do *non bis in idem*, visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.

9. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos e 10 meses de reclusão), e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar o *bis in idem* pelo agravamento da pena, na primeira e na segunda etapa da dosimetria, em razão da reincidência, mantidos a pena e o regime fixado.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.964 - SP (2016/0207606-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO NUNES DE LIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **RENATO NUNES DE LIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para, afastando a majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, reduzir a pena originalmente imposta para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando ser indevida a exasperação da pena-base, com fundamento na quantidade da droga apreendida, que é própria do tipo penal, e na reincidência do paciente, também sopesada na segunda etapa, incorrendo, portanto, no vedado *bis in idem*.

Acrescenta, ainda, que, ao utilizarem a citada agravante para afastar a não aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, incorreram novamente no duplo apenamento.

Aduz que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, devendo ser fixado regime menos severo.

Pugna, liminarmente, pela readequação do regime de cumprimento de pena para o modo aberto ou semiaberto.

No mérito, requer a redução da pena-base ao mínimo, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e a fixação de regime mais brando.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 96-97).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 105-113).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.964 - SP (2016/0207606-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO NUNES DE LIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPA. REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA DA ETAPA INICIAL. QUANTIDADE, NATUREZA, E VARIEDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTO SUFICIENTE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias incorreram no vedado *bis in idem* ao sopesarem uma única reincidência para valorar negativamente a personalidade do agente, na primeira etapa, bem como para compensar com a atenuante de confissão espontânea, na etapa seguinte, o que impõe o afastamento da valoração negativa da personalidade.

5. Embora tenha se afastado a valoração negativa da personalidade do agente, mostram-se suficientes para manter a fração aplicada pelas instâncias antecedentes (1/6), na fixação da pena-base, a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendida - 67 porções de maconha (17,8 g), 82 pinos de crack (18,8 g) -, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (que tem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderância sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP).

6. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

7. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

8. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas não caracteriza o ofensa ao princípio do *non bis in idem*, visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.

9. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos e 10 meses de reclusão), e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar o *bis in idem* pelo agravamento da pena, na primeira e na segunda etapa da dosimetria, em razão da reincidência, mantidos a pena e o regime fixado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. Eis o teor da sentença condenatória, no tocante à individualização da pena (e-STJ, fls. 58-59):

“Passo, destarte, à dosimetria da pena. Observando-se os elementos norteadores contidos nos artigos 59 e 60 do Código Penal e ainda o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, verifico que o réu é reincidente específico, contando com outra condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, tendo, inclusive, confessado estar praticando novamente o ilícito quando em livramento condicional pela outra condenação. Por tais motivos, dada a personalidade do agente, a quantidade de droga apreendida em seu poder, que é expressiva e considerável, além de que sua natureza - crack - revela elevado e devastador efeito psicotrópico, entendo que há circunstâncias que excedem o desvalor inerente ao tipo e autorizam a fixação da pena acima do mínimo legal, razão pela qual majoro a pena base em um sexto e fixo a pena- base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Relevo que a jurisprudência vem na linha do entendimento do juízo, confira-se: "A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza nociva da substância entorpecente apreendida - cocaína - constitui fundamentação idônea a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, pela desfavorabilidade das conseqüências do delito." (HC 141092/MS). Presente a circunstância agravante da reincidência, contudo, há de ser computada também a confissão, de modo que, nos termos do artigo 67 do Código Penal, as circunstâncias se compensam, mantendo-se nesta fase a pena base já fixada. Na terceira fase da aplicação da pena, estão ausentes causas de diminuição, sequer se podendo cogitar daquela prevista no artigo 33, § 4º, da mesma lei, em virtude da reincidência específica do réu, que se dedica ao tráfico de entorpecentes. Presente, porém, a causa de aumento do artigo 40, III, da Lei de regência, dado que os policiais e o réu deram conta de que o local onde guardada a droga para fins de comércio e entrega a terceiros era próximo a uma escola, no próprio muro dela, de forma que aumento a pena em outro sexto, resultando a reprimenda final, que torno definitiva de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias multa, no mínimo legal, a qual torno definitiva."

A Corte *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo, tão somente para afastar a causa especial de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, e reduzir a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantida no mais a sentença pelos seus próprios fundamentos, *in verbis* (e-STJ, fls. 88-90):

"Resta, então, analisar a pena imposta.

Nesse mister, a exasperação da pena base foi bem exasperada em face das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao acusado e da quantidade de entorpecente e variedade de apreendido, providência que encontra respaldo no art. 42, da Lei de Tóxicos.

Na segunda fase, a reincidência específica (fls. 85) foi compensada pela atenuante da confissão espontânea e a pena permaneceu inalterada.

Por fim, entretanto, sempre respeitado o entendimento da ilustre Magistrada sentenciante, tem razão a Defesa quando pede o afastamento da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas (cometimento da infração em local próximo a estabelecimentos de ensino).

Afinal, o próprio réu ao admitir que praticava o tráfico, afirmou que não vendia a droga nas proximidades do estabelecimento de ensino, de maneira que, se nenhum outro indicativo sugere que o acusado direcionada do crime ao público que freqüentava o local, impossível reconhecer a causa de aumento de pena.

Vale dizer, o que se tem é simples presunção, principalmente porque em uma cidade como São Paulo, onde existem inúmeros estabelecimentos de ensino, sempre haverá um desses nas proximidades, a ponto de se exigir dados concretos a propósito de a ação do réu ter como destino os freqüentadores daquele local.

Assim, com o afastamento da qualificadora, a pena fica reduzida para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Observe-se, por fim, que era mesmo impossível a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, pois, como se viu, o réu é reincidente específico e a lei expressamente veda o benefício a pessoas nessas condições.

Na verdade, não há falar em *bis in idem* pelo simples fato da reincidência ter servido como fundamento para agravar a pena e também impedir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas, não se vislumbrando, por aqui, qualquer violação ao princípio da proporcionalidade.

Isto porque, *"...na aplicação do preceito em foco, o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena, não se podendo falar cm bis in idem por ter sido a reincidência considerada para aumentar as sanções e também impedir a incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois a aplicação de tal dispositivo exige a ocorrência simultânea de todas as Condições mencionadas, ou seja, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividade criminosa e nem integrar organização criminosa, o que não é o caso do acusado. Conforme já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, não há que se falar em bis in idem mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico a reincidência quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena inserida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente"* (HC 118403/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE 15.12.2009)." (TJSP, Apel. Crim. nº 990.10.184009-0, 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Tristão Ribeiro)."

Primeiramente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

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. Não se presta o remédio heróico 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. A exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, à motivação do crime e às circunstâncias do crime, sem a apresentação de justificativa idônea, configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 1 ano e 9 meses e 10 dias de reclusão e 169 dias-multa, em regime inicial semiaberto."

(HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/12/2015).

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se cogita manifesta desproporcionalidade na dosimetria da pena, na utilização de condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado, diversas e remanescentes àquela utilizada como fundamento da agravante de reincidência, como reforço ao *quantum* da agravante de reincidência ou como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUITA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

1. 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.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.

4. No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, 'd', do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação" (HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINICIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* 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. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.

3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

5. **A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.**

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado" (HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se).

In casu, consoante se extrai dos autos, o paciente teve sua pena-base majorada em 10 meses acima do mínimo legal, por terem sido valoradas negativamente a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas e a sua personalidade por ser reincidente em delito de tráfico de drogas, nos termos dos arts. 42, da Lei n. 11.343/2006, e 59 do CP.

Entretanto, em que pese a existência de certo grau de discricionariedade no cálculo da pena, verifica-se que a decisão impugnada, à exceção da quantidade, da natureza e da variedade de drogas apreendidas, carece de motivação válida, pois o julgador sopesou a única reincidência do paciente na primeira e na segunda etapa da dosimetria para agravar a pena, incorrendo, portanto, no vedado *bis idem*, em desacordo com a jurisprudência firmada por essa Corte, impondo-se o afastamento da valoração negativa da personalidade do paciente.

Por outro lado, apensar de afastado o desvalor da personalidade do agente, entendendo que a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendida - 67 porções de maconha (17,8 g), 82 pinos de *crack* (18,8 g) - são suficientes para manter a fração aplicada (1/6) pelas instâncias antecedentes para exasperação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (que tem preponderância sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP).

Dessa forma, resta inalterada a pena-base inicialmente fixada (5 anos e 10 meses), a qual fica mantida, na segunda etapa, pela compensação integral da agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea.

Quanto à causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, melhor sorte não socorre ao impetrante.

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Com efeito, em se tratando de réu reincidente, torna-se incabível a aplicação do redutor, por ausência de preenchimento dos requisitos legais, cabendo ressaltar que esta Corte firmou o entendimento que a utilização da agravante para aumentar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas não caracteriza ofensa ao princípio do *non bis in idem*, visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal, ressaltando a possibilidade de concessão de ordem de ofício, nos casos de evidente constrangimento ilegal.

2. O agravamento da pena-base pela reincidência e a não-aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ausência do requisito da primariedade do agente, não caracterizam indevida dupla valoração da mesma circunstância. Precedentes desta Corte.

3. Para aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais: a) ser primário, b) ter bons antecedentes, c) não se dedicar às atividades criminosas, d) nem integrar organização criminosa, o que não ocorreu no caso em tela, tendo em vista que o paciente é reincidente.

4. Habeas corpus não conhecido."

(HC 300.072/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2015.)

Por fim, mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos e 10 meses de reclusão) e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, tão somente para afastar o *bis in idem* pelo agravamento da pena, na primeira e na segunda etapa da dosimetria, em razão da reincidência, mantidos a pena e o regime fixado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0207606-9

HC 365.964 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00168699720148260050 168699720148260050 20160000064042 5032014

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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	: BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RENATO NUNES DE LIRA (PRESO)

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.