



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.162 - RJ (2016/0202034-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO REIS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE ÚNICA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E COMO REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. VIOLAÇÃO À SÚMULA 241/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que uma mesma condenação, com trânsito em julgado, não pode ser utilizada na primeira etapa da dosimetria da pena e, também, na segunda fase, a título de reincidência, sob pena de *bis in idem*. Súmula 241/STJ.

No caso, observa-se que o paciente possui apenas uma anotação com trânsito em julgado, a qual foi utilizada como fundamento para valorar negativamente circunstância judicial (personalidade) e, também, para fazer incidir a agravante da reincidência. Desse modo, as penas-base dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/06, devem ser fixadas nos seus mínimos legais, quais sejam, 5 e 3 anos de reclusão, respectivamente.

3. "Desacompanhado de qualquer outra fundamentação, o aumento da pena pela reincidência, em patamar de 1/3 (um terço), em razão de apenas uma anotação de reincidência deve ser reduzido para 1/6 (um sexto). Precedentes." (HC 303.841/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 24/02/2015)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas do paciente, tornando-as definitivas em 10 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 1.496 dias-multa.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.162 - RJ (2016/0202034-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO REIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO REIS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Criminal n. 0004980-98.2015.8.19.0054.

Infere-se dos autos que o paciente, no dia 24/2/2015, juntamente com outro corréu, foi preso em flagrante com 34,7g (trinta e quatro gramas e sete decigramas) de maconha, distribuídos em 10 (dez) invólucros plásticos, tendo sido, posteriormente, condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, c.c. 40, III, e 35, todos da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de **13 anos e 2 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e **1855 (um mil oitocentos e cinquenta e cinco) dias-multa**.

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, nos termos do acórdão às fls. 47/61.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta, em suma, a existência de *bis in idem* na utilização de uma única condenação pretérita do paciente para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal e aumentar a pena intermediária a título de reincidência.

Assevera, ainda, que "o v. acórdão incorreu em ilegalidade ao fixar a fração de aumento pela reincidência em 1/3 (um terço) sem apresentar qualquer fundamentação para tanto" (fl. 9).

Requer, assim, a redução da pena-base ao mínimo legal nos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11/343/06, bem como a aplicação da fração de 1/6 pela reincidência aos referidos crimes.

Indeferida a liminar (fl. 65) e prestadas as informações necessárias (fls. 70/87), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, para determinar ao Tribunal de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que refaça a dosimetria da pena do Paciente. (fls. 91/97).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.162 - RJ (2016/0202034-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena-base do Paciente ao mínimo legal, bem como a aplicação da fração de 1/6 pela reincidência aos referidos crimes.

Inicialmente, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena do paciente, sob os seguintes fundamentos:

*"Atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a individualização da sanção penal, com relação ao acusado CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO REIS, o que faço considerando a sua culpabilidade e personalidade distorcida voltada para a prática criminosa, **demonstrada tal condição em sua FAC juntada aos autos, fls. 71/73**, pelo que lhe aplico, pela conduta descrita no artigo 33 da Lei nº11.343/2006, a pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão do mínimo legal.*

*Sem circunstâncias atenuantes a considerar. Presente a circunstância agravante da reincidência, **anotação 1 da FAC de fls. 71/73**, pelo que elevo a pena em 1/3 (um terço) conduzindo a 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 733 (setecentos e trinta e três) dias-multa, à razão do mínimo legal.*

Em razão da presença das causas de aumento de pena inserta no inciso III do artigo 40 da Lei de Regência, elevo na fração de 1/6 (um sexto), conduzo ao patamar de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 855 (oitocentos e cinquenta e cinco) dias-multa, calculado à razão do mínimo legal. Sem causas de diminuição da reprimenda.

Torno a pena definitiva na forma supra.

Com relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a individualização da sanção penal, o que faço considerando a culpabilidade do acusado e a sua personalidade voltada para a prática criminosa, **demonstrada tal condição em sua FAC juntada aos autos**, pelo que lhe aplico, pela conduta descrita a pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Sem circunstâncias atenuantes a considerar. Presente a circunstância agravante da reincidência, **anotação 1 da FAC de fls. 71/73**, pelo que elevo a pena em 1/3 (um terço) conduzindo a 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.000 (um mil) dias-multa, à razão do mínimo legal.

Sem causas de aumento ou diminuição da pena, eis que já aplicada a causa do inciso III, do artigo 40 da Lei 11.343/2006 no crime de tráfico, eis que se trataria de bis in idem.

Torno a pena definitiva na forma supra.

DA APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

Prosseguindo-se no processo dosimétrico, importa destacar que os crimes os crimes de transportar substância entorpecente e associação para o tráfico, foram praticados em concurso material de delitos, eis que, o réu praticou dois crimes não idênticos e que não são da mesma espécie, motivo pelo qual as penas aplicadas ao acusado deverão subsumir-se ao princípio da cumulação, isto é, **as sanções deverão ser somadas aritmeticamente, o que alcançará um patamar total de 13 (treze) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 1.855 (um mil, oitocentos e cinquenta e cinco) dias-multa**, calculado cada dia-multa á razão do mínimo legal, a qual tomo definitiva diante da ausência de outras causas de aumento ou diminuição.

Considerando o período de pena imposto e as circunstâncias judiciais, determino o cumprimento da pena de reclusão em regime inicial fechado. O tempo de prisão cautelar não é suficiente para alteração do regime de pena imposto, certo que a progressão de regime exige, não apenas o integral cumprimento do requisito objetivo, mas também o requisito subjetivo - de bom comportamento carcerário. Não vindo aos autos nenhum documento que atenda ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais, é recomendável que a progressão seja analisada pelo juízo da execução penal, da mesma forma é a detração penal.

Sem substituição por pena restritiva de direito, ausência requisitos do art. 44 do CP e art. 44 da lei de regência.

POR TODO O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PARA CONDENAR (...) **CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO REIS A PENA DE 13 (TREZE) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E PAGAMENTO DE 1.855 (UM MIL, OITOCENTOS E CINQUENTA E CINCO) DIAS-MULTA, CALCULADO CADA DIA-MULTA A RAZÃO DO MÍNIMO LEGAL, PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 33 C/C 40, III E 35, TODOS DA LEI Nº11.343/2006, NA FORMA DO ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL**" (fls. 31/32; sem grifos no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

original)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a condenação imposta pela sentença, nestes termos:

Melhor sorte não assiste à Defesa do acusado Carlos Alberto, quanto ao pedido de redução da pena-base aplicada.

Correta a majoração da pena-base acima do mínimo legal, considerando a personalidade do réu distorcida para o cometimento de ilícitos, nos seguintes termos:

.....
“(...) Atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a individualização da sanção penal, com relação ao acusado CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO REIS, o que faço considerando a sua culpabilidade e personalidade distorcida voltada para a prática criminosa, demonstrada tal condição em sua FAC juntada aos autos, fls. 71/73, pelo que lhe aplico, pela conduta descrita no artigo 33 da Lei nº11.343/2006, a pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão do mínimo legal.

Sem circunstâncias atenuantes a considerar.

Presente a circunstância agravante da reincidência, anotação 1 da FAC de fls. 71/73, pelo que elevo a pena em 1/3 (um terço) conduzindo a 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 733 (setecentos e trinta e três) dias-multa, à razão do mínimo legal (...).”

(...)

Pelo exposto, voto no sentido pelo conhecimento e DESPROVIMENTO do recurso Defensivo.” (fls. 59/61)

Da leitura, extrai-se, portanto, que o Tribunal de origem, na etapa inicial da dosimetria, considerou desfavorável a circunstância judicial da personalidade do paciente, levando em conta uma única condenação anterior pelo delito previsto no art. 157, § 2º, I e II (quatro vezes), na forma do art. 70, ambos do Código Penal, aumentando a pena-base em 1/10. Na segunda fase, elevou a reprimenda em 1/3 em razão da reincidência, utilizando a mesma condenação que serviu para aumentar a pena-base.

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Quanto ao ponto, a jurisprudência desta Corte Superior tem se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionado no sentido de que uma mesma condenação, com trânsito em julgado, não pode ser utilizada na primeira etapa da dosimetria da pena e, também, na segunda fase, a título de reincidência, sob pena de *bis in idem*.

A propósito, confira-se o enunciado da Súmula n. 241 desta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

"A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial."

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes, no que interessa:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA PARA EXASPERAR A PENA-BASE. ILEGALIDADE. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AGRAVAMENTO PELA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MULTIRREINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - O aumento da pena-base acima do mínimo legal em razão da personalidade, tendo em vista a prática de atos infracionais, evidencia, in casu, violação ao art. 59 do Código Penal (precedentes).

III - Prevalece o entendimento perante esta Corte Superior de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de má conduta social nem como possuidor de personalidade voltada para a prática de delitos. Inteligência do enunciado sumular n. 444/STJ: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".

IV - Na hipótese, todas as condenações anteriores com trânsito em julgado já foram consideradas para fins de reincidência, na segunda fase de dosimetria da pena, não podendo ser levadas em conta para a exacerbação da pena-base, sob pena de indevido bis in idem. É nesse sentido o enunciado n. 241 do Superior Tribunal de Justiça, transcrito a seguir: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial." V - Na linha da jurisprudência desta Corte, na hipótese, resta afastada a possibilidade de compensação total entre a confissão e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, por se tratar de réu multirreincidente.

VI - Tendo sido realizada a dosimetria da pena, na segunda fase, com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como se proceder a qualquer reparo na via estreita do writ. Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, decotando a circunstância judicial desfavorável referente à personalidade do paciente e fixando a sua pena definitiva em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos incólumes os demais fundamentos lançados pelas instâncias ordinárias." (HC 342.946/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 05/05/2016)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONHECIMENTO DA NATUREZA ANTIJURÍDICA DA CONDUTA QUE NÃO JUSTIFICA O INCREMENTO DA REPRIMENDA PELA CULPABILIDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO VALORADA A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM EVIDENCIADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME PRÓPRIAS AO TIPO PENAL INCRIMINADOR. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E PERSONALIDADE DO RÉU MANTIDAS. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, admite o emprego de motivação per relationem, a fim de evitar tautologia, reconhecendo que tal técnica se coaduna com o art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes.

3. Hipótese na qual não houve apenas remissão ao teor do parecer, pois excertos de tal manifestação restaram transcritos, tendo o Colegiado a quo incorporado tais fundamentos ao acórdão, além de ter acrescido motivação, não restando evidenciado qualquer vício a ser sanado.

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

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

5. A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu.

Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito. In casu, restou apenas consignado que o réu tinha consciência da natureza antijurídica do comportamento e de sua reprovabilidade, o que não justifica, por certo, o incremento da pena base.

6. No que se refere à reincidência, tendo a condenação transitada em julgada do réu sido valorada na segunda etapa da dosimetria, não se admite a sua utilização para fins de incremento da reprimenda básica, restando evidenciada a ocorrência de *bis in idem*. Note-se que as instâncias ordinárias não reconheceram a existência de mais de um título condenatório, o que poderia justificar o aumento da pena base a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social.

7. A consequência "morte" é elementar do crime de homicídio, não justificando, de per si, a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

8. Considerando se tratar de homicídio duplamente qualificado, admite-se a utilização da qualificadora remanescente àquela que qualificou a conduta como causa de aumento, agravante ou circunstância judicial desfavorável, ficando apenas vedado o *bis in idem*. No caso dos autos, o emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, circunstância não valorada para tipificação do homicídio, foi sopesada na primeira fase do critério dosimétrico, tendo, ainda, sido reconhecido que a vítima havia sido rendida e havia se despedido para demonstrar que não estava armada. Assim, deve ser mantido o incremento pelas circunstâncias do crime. De igual modo, a personalidade do réu foi reconhecida como desfavorável por ter praticado a conduta enquanto gozava o benefício do livramento condicional, o que justifica o incremento da sanção a ele imposta.

9. Devolvida a matéria ao Colegiado de origem pela interposição de apelo quanto à dosimetria da pena, o simples fato de o órgão acusatório ter reconhecido que a pena deveria ter sido exasperada em no mínimo 1 (um) ano não impede que o aumento pelas circunstâncias judiciais seja superior, não havendo se falar em *reformatio in pejus*.

10. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para estabelecer a pena-base em 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório." (HC 365.593/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TESES DE VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CF E DO ART. 381, III DO CPP. PLEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME (ART. 112 DA LEP). REITERAÇÃO DE PEDIDOS. NÃO CABIMENTO. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTARES DO DELITO NÃO EXTRAPOLADAS. PERSONALIDADE DO PACIENTE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTOS UTILIZADOS EM MAIS DE UMA FASE. BIS IN IDEM. VEDAÇÃO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREVALÊNCIA. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 6.368/76. PLEITO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 11.343/2006. LEI NOVA MAIS GRAVOSA, NA ESPÉCIE. COMBINAÇÃO DE LEIS. VEDAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO APENAS QUANDO INCIDENTE A MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULA 501/STJ. INAPLICABILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012). Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. As pretensões de reconhecimento do direito à progressão de regime ao paciente, nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais e de reconhecimento de violação do art. 93, IX, da CF e art. 381, III do CPP, não devem ser conhecidas, já que se tratam de mera reiteração de pedidos já deduzidos e julgados no HC n. 206.847/SP.

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

4. Não se presta à valoração negativa das circunstâncias do crime a citação de fatores que não extrapolam as elementares dos delitos em que condenado o paciente.

5. A consideração de reincidências para a exasperação da pena-base, já devidamente sopesadas na segunda-fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena configura indevido bis in idem.

6. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, [s]e a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação (HC 310.019/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015).

7. A multirreincidência constatada pela instância ordinária exige maior reprovação do que aquela conduta perpetrada por quem ostenta a condição de reincidente por força, apenas, de um único evento isolado em sua vida, devendo, pois, prevalecer sobre a confissão.

8. Somente se cogita da aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006 aos delitos praticados sob a égide da Lei n. 6.368/76 se mais benéfica ao réu. Aplicação do princípio da extra-atividade da *lex mitior*.

9. Vedada a combinação de leis, apenas nas hipóteses de incidência da minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é que a novel legislação poderá tornar-se mais favorável ao réu, aplicando-se retroativamente aos delitos praticados sob a égide da lei anterior, na medida em que, a par de cominar pena mínima superior à Lei n. 6.368/76, prevê causa especial de diminuição de pena que, a depender da fração aplicada, poderá resultar em pena final menos gravosa. Inteligência da Súmula 501/STJ.

10. Diante da reincidência, não é possível fixar regime inicial diverso fechado ao condenado à pena reclusiva superior a 4 anos, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir a pena reclusiva do paciente a 7 anos, em regime fechado." (HC 352.575/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016)

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AÇÕES PENAIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. VALORAÇÃO COMO REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE. BIS IN IDEM. OFENSA À SÚMULA 241 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

2. Evidenciado que o paciente possui uma única condenação definitiva, a valoração dessa circunstância tanto na primeira etapa da dosimetria, à título de maus antecedentes, como na segunda, em razão da reincidência, configura indevido bis in idem e ofensa ao enunciado sumular 241 deste STJ.

APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE NO QUANTUM DE AUMENTO DA PENA.

ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR E PELO CRIME DO ART. 12 DA LEI 6.768/76.

ILEGALIDADE EM PARTE EVIDENCIADA. PENA READEQUADA.

1. O aumento da pena pela reincidência, aplicado em 1 (um) ano para cada crime imputado ao paciente, revela-se desproporcional no que tange aos delitos de associação para o tráfico e porte ilegal de arma de uso restrito, tendo em vista os mínimos e máximos das penas legalmente previstas para esses delitos e a existência de apenas uma condenação anterior em desfavor do paciente.

TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. CONCLUSÃO DIVERSA QUE DEMANDARIA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Inviável acoimar de ilegal o acórdão impugnado no ponto em que negou a aplicação da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/06 em substituição à condenação pelo art. 16 da Lei 10.826/03, quando concluiu que a arma apreendida na posse do paciente não teria sido utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar o narcotráfico, constituindo, pois, delito autônomo.

2. Ademais, a substituição da condenação do crime de porte ilegal de arma de fogo pela incidência da majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei 11.343/06 demanda aprofundada análise probatória, o que, consoante inúmeros julgados deste STJ e da Corte Suprema, é vedado na via eleita.

3. Ordem parcialmente concedida para, reduzindo-se ao mínimo legal as penas-base de cada crime imputado ao paciente e, alterando-se para 6 (seis) meses o aumento relativo à reincidência apenas quanto aos delitos de associação para o tráfico e porte ilegal de armas, redimensionar a reprimenda total para 13 (treze) anos de reclusão, mais pagamento de 1.429 (mil quatrocentos e vinte e nove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impetrado." (HC 159.723/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 01/03/2012)

No caso, observa-se que o paciente possui apenas 01 (uma) anotação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com trânsito em julgado, conforme se depreende da Folha de Antecedentes Criminais – FAC, juntada aos autos à fl. 20, a qual foi utilizada como fundamento para valorar negativamente a circunstância judicial (personalidade) e, também, para fazer incidir a agravante da reincidência.

Desse modo, as penas-base dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/06, devem ser fixadas nos seus mínimos legais, quais sejam, 5 e 3 anos de reclusão, respectivamente.

Ademais, na hipótese, observa-se que as instâncias ordinárias elevaram em 1/3 (um terço) a pena do paciente, em virtude da circunstância agravante da reincidência.

Todavia, a fração de aumento de 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria, por incidência da agravante da reincidência, tem sido a usualmente adotada pela jurisprudência desta Corte, ressalvada fundamentação concreta que justifique outro patamar. Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CRIME DE TRÁFICO. NULIDADE. OITIVA DAS TESTEMUNHAS. LEITURA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE NORMA PROIBITIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 3. AGRAVAMENTO DA PENA. PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. 4. CAUSAS DE AUMENTO. CRIME PERTO DE ESCOLA E COM ADOLESCENTE. PLEITO DE DECOTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Não há se falar em nulidade da sentença condenatória, em virtude da leitura da denúncia antes da oitiva das testemunhas, quer por ausência de violação de princípio ou norma do processo penal quer por ausência de demonstração de eventual prejuízo. Como é cediço, a moderna processualística não admite o reconhecimento de nulidade que não tenha acarretado prejuízo à parte, porquanto não se admite a forma pela forma.

3. As circunstâncias judiciais bem como as agravantes e atenuantes não possuem patamares fixos de aplicação da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficando o quantum de elevação a critério do magistrado, desde que observada a razoabilidade. A jurisprudência, visando a balizar um critério razoável, assentou que seria adequada uma elevação que não fosse superior a 1/6 (um sexto). No entanto, cuidando-se de réu multirreincidente ou reincidente específico, revela-se escorregia a agravação da pena em patamar maior, uma vez que devidamente motivada em elemento concreto dos autos. Portanto, não há qualquer ilegalidade no agravamento da pena em 1/5 (um quinto) em virtude de o réu ser reincidente específico.

4. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido a incidência das causas de aumento previstas nos incisos III e IV do art. 40 da Lei de Drogas, não é possível fazer o decote na via eleita, haja vista a prática do crime nas proximidades de uma escola e com o envolvimento de adolescente ter sido reconhecida com fundamento no arcabouço carreado nos autos, não sendo possível, desconstituir referidas conclusões em habeas corpus.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 282.148/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE, QUE FOI FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA NO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. In casu, o Tribunal de origem não valorou negativamente os maus antecedentes do acusado, havendo patente falta de interesse processual no pleito de redução da pena-base, que foi devidamente fixada no mínimo legal.

3. 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.

No caso, o acréscimo da pena se deu em 1 (um) ano (o que equivale a 1/3 da pena-base aplicada), tendo o magistrado promovido a referida exasperação pela simples presença da reincidência, sem qualquer fundamentação, o que não é razoável. Esclareça-se que não há óbice quanto à aplicação do mencionado aumento, desde que o Juiz apresente justificativa idônea para asseverar o incremento sancionatório acima de 1/6 (um sexto).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, em relação ao delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 800 (oitocentos) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 321.409/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 22/10/2015).

Assim, não se tratando de reincidência específica, inexistem elementos concretos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior a 1/6 (um sexto), conforme precedentes deste Tribunal:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS USADAS NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO ACIMA DE 1/6 SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA REDUZIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Nos termos da Súmula n. 241/STJ, a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

- Hipótese em que, quanto aos maus antecedentes, foi utilizada condenação prévia e distinta daquela considerada na segunda etapa da dosimetria, para fins de reincidência, não havendo coação ilegal a ser reconhecida, pois inexistente o alegado bis in idem.

- O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de diminuição de pena a serem aplicados em razão das circunstâncias atenuantes e agravantes, cabendo ao Magistrado, prudentemente, fixar o patamar de redução necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

- Não tratando o caso de reincidência específica nem de multireincidência, inexistente motivação concreta a justificar a manutenção da fração de 1/3 escolhida pelas instâncias originárias, motivo pelo qual deve ser aplicada, no caso, a usual fração de 1/6 na segunda etapa da dosimetria. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar as penas do ora paciente para 6 anos e 5 meses de reclusão e 641 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 360.732/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 26/09/2016)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REINCIDÊNCIA. AUMENTO DA PENA EM 1/3 SEM FUNDAMENTAÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Somente em hipóteses excepcionais o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando houver flagrante ofensa a critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, ausência de fundamentação ou flagrante injustiça.

3. É pacífico, no âmbito desta Corte, o entendimento de que, no momento da fixação da reprimenda prevista no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga.

4. O Estatuto Penal não estabelece os limites mínimo e máximo para as agravantes, cabendo ao magistrado, fixá-los observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. No que se refere ao o crime de porte ilegal de arma de fogo, tendo em vista que a pena-base restou fixada em 2 anos, a sua exasperação pelo reconhecimento da reincidência aumentou a pena no paciente no patamar de 1/3, sem qualquer fundamentação. Portanto, necessário se faz redimensionar o quantum da agravante, especificamente para o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, estabelecendo-se o patamar de 1/6 pelo reconhecimento da reincidência.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar, especificamente para o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 imputado ao paciente, o patamar de 1/6 pelo reconhecimento da agravante de reincidência." (HC 179.950/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 08/04/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Inicialmente, impende asseverar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

IV - O aumento da pena-base acima do mínimo legal em 1 (um) ano em razão de maus antecedentes, tendo em vista anterior condenação por tráfico de drogas, evidencia, in casu, violação ao art. 59 do Código Penal.

V - Prevalece o entendimento perante esta eg. Corte Superior de que apesar do silêncio legislativo sobre os patamares (frações) utilizados para o aumento da pena ante a agravante de reincidência, tal acréscimo em proporção superior a 1/6 (um sexto) deve ser devidamente fundamentado.

VI - Desacompanhado de qualquer outra fundamentação, o aumento da pena pela reincidência, em patamar de 1/3 (um terço), em razão de apenas uma anotação de reincidência deve ser reduzido para 1/6 (um sexto). Precedentes.

VII - A despeito do montante final da pena (2 anos, 8 meses e 20 (vinte) dias de reclusão), as circunstâncias da reincidência e maus antecedentes, revelam a adequação do regime inicial de cumprimento de pena no fechado.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar a pena, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado." (HC 303.841/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 24/02/2015)

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário constitucional, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão das competências do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratem-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." (HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014)

Desse modo, impõe-se, no caso vertente, a redução da fração de aumento de pena na terceira fase da dosimetria para a fração de 1/6.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena do paciente.

Na primeira fase, fixo a pena-base de ambos os delitos no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão para o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e 3 anos de reclusão, e 700 dias-multa, para o delito do art. 35 da referida lei.

Na segunda etapa, majoro as penas em 1/6 em razão da reincidência, resultando as reprimendas, respectivamente, em **5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, e 3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multa.**

Por fim, mantenho em 1/6 a causa de aumento do art. 40, III, do Código, para o delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, restando a pena fixada em **6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.** Inaplicável a referida causa de aumento para o delito previsto no art. 35, conforme decidido pelas instâncias ordinárias.

Assim, somadas as sanções, as penas do paciente restam fixadas em **10 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 1496**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 10 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 1.496 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0202034-2

HC 365.162 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00049809520158190054 49809520158190054

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO REIS
CORRÉU	: LUIS RICARDO GOMES

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.