



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.111 - SP (2011/0053820-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ERIK SADDI ARNESEN - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE MARCELO BORGES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. (2) MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. (3) REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 06 anos, 03 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 01/11/2009, trazendo consigo 10 porções de cocaína.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte Superior de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

3. 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.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. O regime prisional mais gravoso mostra-se adequado à espécie, inclusive porque fixada a pena-base acima do mínimo legal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de março de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.111 - SP (2011/0053820-0)

IMPETRANTE : ERIK SADDI ARNESEN - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE MARCELO BORGES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE MARCELO BORGES, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (APC n.º 990.10.273121-9).

O Paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 01/11/2009, trazendo consigo 10 porções de cocaína. Em sede de apelação, a Corte *a quo* reformou parcialmente a sentença, fixando a pena em 06 anos, 03 meses e 22 dias de reclusão, mais 631 dias-multa.

No presente *writ*, sustenta-se que "*o instituto da reincidência, enquanto agravante genérica da pena, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988*" (fl. 03). Aduz-se, também, que a precitada circunstância foi utilizada duas vezes, para agravar a pena-base e para impedir a aplicação da minorante trazida pela nova Lei de Drogas.

Pontua-se que, "[c]aso o entendimento seja diverso, que o elemento da *recidiva* não seja considerado para impedir a redução disposta no § 4.º, artigo 33, da Lei 11.343/06" (fl. 06). Defende-se, outrossim, a fixação do regime inicial semiaberto, com a incidência da Súmula n.º 269 desta Corte Superior.

Pleiteia-se, assim, a reforma da condenação nos pontos acima delineados.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 51/56, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.111 - SP (2011/0053820-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. (2) MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. (3) REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 06 anos, 03 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 01/11/2009, trazendo consigo 10 porções de cocaína.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte Superior de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

3. 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.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. O regime prisional mais gravoso mostra-se adequado à espécie, inclusive porque fixada a pena-base acima do mínimo legal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

No que refere à suposta inconstitucionalidade da aplicação da reincidência para agravar a pena, cumpre consignar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte Superior de Justiça, é no sentido de que a aludida agravante genérica foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos princípios da isonomia, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade e do *non bis in idem*.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO CONSUMADO PARA TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES FURTIVA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM. ORDEM DENEGADA.

1. As instâncias ordinárias concluíram pela ocorrência da consumação do delito de roubo, não cabendo a esta Corte de Justiça rever o aludido entendimento, já que demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência incabível em sede de habeas corpus.

2. Ademais, pacífico o entendimento nesta Corte de que o crime de roubo se consuma no momento, ainda que breve, em que o agente se torna possuidor da res furtiva, subtraída mediante grave ameaça ou violência, não se mostrando necessário que haja posse tranquila, fora da vigilância da vítima.

3. Sendo o réu reincidente, a agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, é de aplicação obrigatória, não havendo ofensa ao princípio do *non bis in idem*. Precedentes desta Corte.

4. Ordem denegada." (STJ, HC 170.211/RJ, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 16/08/2010.)

"RECURSO ESPECIAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO – REINCIDÊNCIA – APLICABILIDADE – REGIME ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO PELA TENTATIVA – SÚMULA 07, STJ – RECURSO PROVIDO.

1- A não-aplicação da agravante da reincidência evidencia a violação ao artigo 61, I, do Código Penal, pois inexistente a inconstitucionalidade do dispositivo que a prevê. O simples reconhecimento da reincidência não importa em *bis in idem*, porquanto tão-só visa reconhecer maior censurabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado da sentença em que anteriormente foi condenado. A pena é agravada ante a dificuldade do agente ativo em aceitar a ordem legal estabelecida, não hesitando em reiterar a prática criminosa e colocar em maior risco a ordem social.

2- É possível a aplicação do regime semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos.

3- A análise do quantum de diminuição de pena pela aplicação da tentativa necessita de exame das provas, para verificar se a consumação do delito esteve próxima, o que não é possível, em sede de Recurso Especial, conforme prevê a súmula 07, desta Corte.

4- Recurso provido para aplicar a agravante da reincidência e modificar o regime prisional, passando a pena para dois anos de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de dez dias-multa." (STJ, REsp 730.893/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 28/10/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO, NO CRIME DE FURTO, DO ART. 157, § 2º, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34 DA LEI N. 9.249/95. TEMAS NÃO SUSCITADOS NAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES.

1. O reconhecimento da reincidência não configura bis in idem. O recrudesimento da pena resulta da opção do paciente em continuar delinqüindo.

2. A causa de aumento de pena pelo concurso de pessoas no crime de roubo [art. 157, § 2º, do CP] não se aplica ao crime de furto; há, quanto a este, idêntica previsão legal de aumento de pena [art. 155, § 4º, IV, do CP].

3. As questões concernentes ao princípio da insignificância e da aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95 não comportam conhecimento em razão de não terem sido suscitadas nas instâncias precedentes.

Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, indeferido." (STF, HC 93768, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 14/08/2008.)

O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença condenatória, nos seguintes termos:

"[...]

A pena comporta reparo.

Alexandre cometeu o delito aqui tratado enquanto cumpria pena em prisão albergue domiciliar (fl. 28), motivo pelo qual, agora, fixa-se a pena-base em cinco anos e cinco meses de reclusão e pagamento de quinhentos e quarenta e um dias-multa; pela reincidência (fl. 89), sua pena foi majorada em 1/6 (um sexto), chegando-se à pena final de seis anos, três meses e vinte e cinco dias, mais pagamento de seiscentos e trinta e um dias-multa, no piso legal, porquanto, também pela recidiva, o apelante não faz jus ao redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Nesse ponto, cumpre esclarecer o que o princípio da individualização da pena não pode ser invocado para a finalidade pretendida pela Defesa, pois o quantum da pena de multa estabelecida no artigo 33, da Lei 11.343/2006, constitui matéria atinente à política criminal a cargo do órgão constitucionalmente legitimado para estabelecê-lo, in casu, o Congresso Nacional.

O regime de cumprimento foi corretamente fixado em inicial fechado, nos termos da Lei 11.464/2007, em face do montante da pena, da natureza do crime e da reincidência específica, que revelam a periculosidade do agente e exigem resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, reduzindo-se a pena imposta para seis anos, três meses e vinte e cinco dias de reclusão, mais pagamento de seiscentos e trinta e um dias-multa, no piso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, mantido o regime prisional inicial fechado." (fls. 39/41; grifos no original)

Cabe destacar, *a priori*, que a reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena de 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.

Nesse sentido:

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

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

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

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

4. *Ordem denegada.*" (HC 178.933/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2011; grifei.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 29/06/2012; grifei.)

Lado outro, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, deve-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, de toda sorte, o regime mais gravoso também se impõe nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2.º, ambos do Código Penal, porque as instâncias ordinárias, fundamentadamente, consideraram desfavorável ao réu circunstância judicial do caso concreto, razão pela qual fixaram **a pena-base acima do mínimo legal**, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

"[...] EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REITERAÇÃO CRIMINOSA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.

1. Tendo a sentença e o acórdão concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento da pena, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e ainda levando-se em conta a reiteração criminosa, justificada está a imposição do modo prisional mais gravoso.

2. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a circunstância judicial dos maus antecedentes, bem como para alterar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando-se a reprimenda do paciente definitivamente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o aresto impugnado." (HC 151.190/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/02/2012.)

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0053820-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.111 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17342009 50090885368 990102731219

EM MESA

JULGADO: 05/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ERIK SADDI ARNESEN - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALEXANDRE MARCELO BORGES

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, denegou a ordem."

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