



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.779 - SP (2016/0019527-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA ANGÉLICA ABUD CHINAGLIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL CORREIA DE LIMA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. PACIENTE REINCENTE. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista a reincidência do sentenciado.

3. Ressalta-se que a condenação anterior, em razão do cometimento do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, possui o condão de ocasionar o previsto no art. 61, inciso I do CP (reincidência) e, conseqüentemente, obstaculizar a aplicação da referida benesse, face a ausência de atendimento dos quesitos legais.

REGIME INICIAL. REINCENTE MANTIDA. SANÇÃO FINAL INALTERADA. PREJUDICIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O pleito de alteração do regime inicial encontra-se prejudicado, porquanto mantida a reincidência e a sanção final tal como fixada pelas instâncias de origem.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.779 - SP (2016/0019527-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA ANGÉLICA ABUD CHINAGLIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL CORREIA DE LIMA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RAPHAEL CORREIA DE LIMA contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0004207-68.2011.8.26.0483, mantendo a sentença que o condenou à pena de 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a causa especial de diminuição da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, deveria ter sido aplicada, porquanto o paciente seria primário, tendo em vista que a condenação anterior pelo art. 28 da referida lei seria incapaz de gerar reincidência.

Requer, a concessão da ordem constitucional para que seja reduzida a pena, com a exclusão da reincidência, com o consequente abrandamento do regime inicial.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.779 - SP (2016/0019527-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a 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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Inferre-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de Apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que se refere à incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o Tribunal de origem deixou de aplicar o benefício, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o seguinte fundamento:

"Fica afastada a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que o réu é reincidente, resultando na pena final de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, regime fechado e 787 (setecentos e oitenta e sete) dias-multa, diária mínima." (e-STJ fl. 37).

Acerca do tema, cumpre destacar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: **a) o agente seja primário**; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

E, no caso dos autos, a Corte *a quo*, constatando que o paciente possui condenação anterior hábil a gerar a reincidência, não sendo, portanto, primário, deixou de utilizar o referido redutor, haja vista o não preenchimento dos requisitos legais.

Desta forma, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçaram a sua adoção *in casu*.

Ademais, ainda que a reincidência se dê por condenação anterior em razão do cometimento do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, ressalta-se que esta possui o condão de gerar o instituto previsto no art. 61, inciso I do CP e, conseqüentemente, obstaculizar a aplicação do redutor especial, face a ausência de atendimento dos requisitos legais, ao contrário do defendido na impetração.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTES. NÃO CONHECIMENTO.

01. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02. Consoante jurisprudência firmada neste Superior Tribunal, não houve descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo próprio com o advento da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização.

03. Reconhecido pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, não há como aplicar causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.

04. Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para uso próprio, mas mera despenalização.

2. Constatada a existência de condenação anterior e definitiva em desfavor do recorrido pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, fica caracterizada a reincidência e não é possível a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por expressa vedação legal.

3. Recurso provido para restabelecer a agravante da reincidência e afastar a causa de diminuição de pena.

(REsp 1500884/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015)

Nesse contexto, verifica-se que o afastamento da minorante especial prevista na Lei de Drogas encontra-se devidamente justificado, não havendo ilegalidade a reparar.

Por fim, o pleito de alteração do regime inicial de cumprimento da pena encontra-se prejudicado, porquanto mantida a reincidência e a sanção final tal como fixada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, ausente o alegado constrangimento ilegal, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0019527-4

HC 347.779 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042076820118260483 20140000227567 352011 42076820118260483 5432011

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARIA ANGÉLICA ABUD CHINAGLIA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAPHAEL CORREIA DE LIMA (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."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.