



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.269 - SP (2011/0087195-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALVES RIBEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

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

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).* (HC 303.841/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 24/02/2015).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a fração de aumento referente à reincidência.

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 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), 1º de junho de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.269 - SP (2011/0087195-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FERNANDO ALVES RIBEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de FERNANDO ALVES RIBEIRO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0068340-65.2008.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

TÓXICO - Tráfico - Autoria e materialidade delitiva perfeita mente demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação do réu - Impossibilidade de desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 - Penas fixadas adequadamente - Recurso não provido (fl. 16).

A Defensoria Pública alega ser excessiva e desproporcional a fração utilizada para exasperar a pena na segunda fase da dosimetria.

Sem pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM (fl. 59).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.269 - SP (2011/0087195-6)

VOTO

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

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a controvérsia diz respeito à fração utilizada para exasperar a pena, na segunda fase da dosimetria. Quanto ao tema, confirmam-se fragmentos das decisões de primeiro e segundo graus, no que interessa:

Sentença:

[...]

Passo, com fulcro nos artigos 59 e 68 do Código Penal, à fixação da pena.

Respeitado o sistema trifásico, fixo a pena base acima do mínimo legal em 1/6, já que a ré possui maus antecedentes, conforme certidão de fls. 57. Além disso, o réu tinha acabado de sair da cadeia. Pena base, portanto, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Na segunda fase não há circunstâncias atenuantes. Todavia, o réu é reincidente, promovendo aumento de 1/3, perfazendo o total de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Na terceira fase, não há modificadores, permanecendo a pena de acordo com o estabelecido na segunda fase.

Em virtude da reincidência e dos maus antecedentes, deixo de aplicar o art. 33, §4º, da Lei 11.343/06

A pena pecuniária, utilizados os mesmos critérios da privativa de liberdade, é fixada em 600 (seiscentos) dias-multa, no piso.

O regime de cumprimento de pena é o fixado na lei de drogas, ou seja, inicial fechado (fl. 13).

Acórdão:

[...]

A r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório e em nada abalada pelas razões de recurso oferecidas, merece ser mantida por seus próprios fundamentos, ora ratificados nos termos do que vem expressamente autorizado pelo artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, nenhum reparo se lhe impondo, seja quanto ao reconhecimento da ocorrência dos fatos e da sua autoria ao réu atribuída, seja quanto à caracterização do crime de tráfico de entorpecentes, não se podendo falar em desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, seja, ainda, quanto às penas aplicadas (fl. 17).

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 ordenamento jurídico não estabelece um critério matemático para a majoração da pena, na segunda fase da dosimetria, tampouco as circunstâncias agravantes ou atenuantes denotam qualquer baliza objetiva nesse sentido. Apenas previu o legislador que a incidência daquelas hipóteses *sempre* alteraria a reprimenda, agravando-a ou atenuando-a.

Na hipótese, observa-se que as instâncias ordinárias elevaram em 1/3 (um terço) a pena-base do paciente, em virtude da circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal.

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.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NO TRÁFICO. ANTECEDENTES CRIMINAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS, CONTUDO, AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO SUPERIOR A 1/6. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO EM PATAMAR SUPERIOR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Ainda que inexista critérios mínimo e máximo de exasperação, predomina nesta Corte o entendimento de que a majoração da sanção em patamar superior a 1/6, na segunda fase, pela incidência da agravante da reincidência demanda fundamentação concreta. No caso, embora o paciente seja multireincidente, uma das condenações foi utilizada na primeira fase, não podendo ser novamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sopesada na segunda, sob pena de bis in idem, sendo imperativa a redução da fração de aumento da pena, pela agravante da reincidência, no que toca a ambos os delitos, para 1/6.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente (HC 377.883/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/04/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. CONDENAÇÕES DISTINTAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. PATAMAR RAZOÁVEL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, a aplicação de fração superior a 1/6, pelo reconhecimento das agravantes, exige motivação concreta e idônea. Sendo, na espécie, apenas uma a condenação residual existente contra o paciente, para valoração na segunda fase da dosimetria, o agravamento da pena em dois anos mostra-se excessivo. Necessidade de readequação da pena para se adotar o patamar de aumento em 1/6.

6. Estabelecida a pena em patamar superior a oito anos de reclusão, o modo inicial fechado é o cabível para o cumprimento da pena privativa de liberdade por força de expressa previsão legal (art. 33, § 2º, "a", do Código Penal e art. 111 da LEP).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda final do paciente para 8 anos, 10 meses e 5 dias de reclusão (HC 298.050/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/03/2017).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto) (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014).

3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 373.429/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMADJe 13/12/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. EXASPERAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (CRACK). MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Não se vislumbra ilegalidade no tocante à primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da penas-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza da substância entorpecente apreendida - crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), e a existência de maus antecedentes.

2. O Tribunal de origem não logrou motivar de maneira concreta a exasperação da pena em 2 anos na segunda fase da dosimetria, porquanto não declinou fundamentos idôneos a justificar o referido quantum de aumento, limitando-se a destacar o delito anteriormente cometido, o que não é razoável. Predomina nesta Corte o entendimento de que a majoração da sanção em patamar superior a 1/6, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da circunstância agravante da reincidência, reclama fundamentação concreta, o que não correu na hipótese dos autos, sendo de rigor o decote do incremento sancionatório.

3. Sendo a reprimenda final superior a 8 anos de reclusão, inviável a fixação de regime inicial diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 8 anos e 2 meses de reclusão e 816 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 360.391/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2016).

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, impondo-se, no caso vertente, a redução da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de aumento de pena, na segunda fase da dosimetria.

A propósito:

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.

[...]

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, 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 NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.

[...]

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, DJe 08/05/2014).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mantidos os demais termos do decreto condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0087195-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 204.269 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12692008 50080683401 683406520088260050 990090861002

EM MESA

JULGADO: 01/06/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALVES RIBEIRO

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.