



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.904 - SP (2014/0023271-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE MARQUES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
3. Reconhecido pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.
4. Não há falar em *bis in idem* em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.
5. A reincidência do paciente impede a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 06 de maio de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.904 - SP (2014/0023271-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE MARQUES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE MARQUES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0001543-33.2013.8.26.0309).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 (oito) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, *in verbis*:

(...) PROCEDENTE a denúncia e o faço para CONDENAR o réu ALEXANDRE MARQUES qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, 'caput' da Lei 11.343/06. Passo a dosimetria da pena observando-se os elementos norteadores, contidos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa e à guisa de maiores elementos no valor unitário mínimo previsto. **O réu é reincidente, motivo pelo qual fixei a pena acima do mínimo legal e não faz jus à redução prevista no art. 33 § 4º, da referida lei.** Não há outras agravantes ou atenuantes a serem computadas, observando-se que a pena-base foi fixada no mínimo. Inexistem causas de aumento da pena a serem consideradas, de modo que torno definitivo a pena-base aplicada. A pena privativa de liberdade ora aplicada sera cumprida em regime fechado, uma vez que se trata de crime gravíssimo, eis que a real intenção do traficante é amealhar o maior número de vítimas, comprometendo toda a sociedade. Também inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, eis que inadequada à situação do acusado e às circunstâncias do crime, equivalendo a sua total impunidade já que não é sequer satisfatória à reprovação de sua conduta e nem alcança sua finalidade retributiva - que visa à prevenção criminal e atender a culpabilidade do infrator e não atende de modo algum á melhor política criminal. Recomenda-se o réu na prisão onde se encontra e após o trânsito em julgado, seja o seu nome lançado no rol dos culpados (fls. 25/26).

Não se conformando com os termos da sentença, a Defesa apelou, sendo negado provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado, no que interessa:

(...)

Inviável a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos, vez que o recorrente não preenche os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessários à concessão do benefício.

Os requisitos para aplicação do redutor estão taxativamente previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06: ser o agente primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Compete à acusação demonstrar, de maneira convincente, firme e certa, a ausência dos requisitos legais para a concessão do benefício. Cabe ao Estado o ônus da prova no tocante à acusação de ser o agente integrante de organização criminosa, de que se dedique a atividades ilícitas ou que ostente máculas em sua vida pregressa. E no caso dos autos, foi comprovada a reincidência do acusado pelas certidões de fls. 09/10 e 11/12 do apenso, o que afasta a possibilidade de aplicação da causa de diminuição trazida pela nova Lei de Drogas.

A aplicação desse dispositivo resulta da expressa vontade do legislador que buscou, pela nova ordem jurídica, estabelecer penalização diversa para as várias situações dos agentes presos ou envolvidos nos crimes de tráfico, afastando assim a indevida comparação que antes se fazia, pela lei revogada, entre aqueles que se dedicavam ao tráfico e pessoas outras, que por motivos diversos se viam envolvidos nesse comércio ilícito ou que nele estavam iniciando. Não se trata, portanto, de ofender o princípio da proporcionalidade, mas sim autorizar penalização de forma diferenciada, observada a necessária e exigida individualização da pena.

Evidente que ao prever os delitos privilegiados, tais como de furto ou de estelionato, o legislador considera as circunstâncias pessoais do agente, além daquelas relacionadas ao crime perseguido (individualização penal), como pré-requisitos obrigatórios para o balizamento da sanção penal (individualização judicial).

Dessa forma, veda-se a aplicação indiscriminada do redutor a toda e qualquer pessoa condenada pelo crime de tráfico, estabelecendo a lei requisitos para sua incidência. E ausentes os requisitos legais, inviável seria a diminuição da reprimenda, tratando-se de conduta que demanda maior repressão por parte do Estado, ainda mais no caso dos autos, tratando-se de réu reincidente específico em crime de tráfico de entorpecentes.

Em sendo o apelante reincidente, há maior censurabilidade na sua conduta, justificando o agravamento da pena imposta. A reiteração de condutas criminosas demonstra a dificuldade do recorrente em aceitar a ordem legal estabelecida, não hesitando em praticar novos delitos, colocando em maior risco a ordem social.

Há que ressaltar que o reconhecimento da agravante não se esgota na majoração da pena, prevendo a lei diversas outras consequências jurídicas em razão da conduta reiterada do agente que não assimilou a terapêutica penal e voltou a delinquir, como a fixação de regime prisional mais gravoso e a impossibilidade de aplicação de determinados benefícios.

Assim, possível que a reincidência, além de servir como circunstância agravante, incidente na segunda fase de dosimetria da pena, também inviabilize a aplicação de benefícios, sem que tal situação caracterize *bis in idem* ou evidencie desproporcionalidade na sanção imposta.

(...) (fls. 70/73).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que, apesar de ser reincidente, deverá ser aplicada ao paciente a causa de diminuição prevista no artigo 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º da Lei de Drogas.

Sustenta que "deixar de aplicar a referida minorante exclusivamente em razão da recalcitrância, significaria incorrer em ofensa aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*".

Afirma que, "entendendo-se pela inaplicabilidade do dispositivo acima, estaria uma mesma circunstância fática (reincidência) servindo, a um só tempo, como agravante e causa impeditiva da diminuição, representando, assim, duplo apenamento em flagrante infração ao princípio do *non bis in idem*".

Destaca que, acolhida a tese exposta, de rigor se mostra a fixação de regime diverso do fechado para cumprimento de pena.

Requer, liminarmente e no mérito, seja aplicada a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

A liminar foi indeferida às fls. 98/100.

Foram prestadas informações às fls. 108/120 e 122/131.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela denegação da ordem (fls. 134/135).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.904 - SP (2014/0023271-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

3. Reconhecido pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.

4. Não há falar em *bis in idem* em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.

5. A reincidência do paciente impede a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca-se, por meio da presente impetração, seja o paciente beneficiado com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Ab initio, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Mister salientar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Na espécie, constata-se que as instâncias ordinárias negaram a incidência da referida benesse legal, em razão da reincidência do paciente. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado.

Outrossim, ao contrário do que sustenta a impetrante, não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Ao que cuido, se mostra adequado retomar às circunstâncias judiciais como critério para a incidência da causa de diminuição de pena, sem acarretar violação ao princípio do *ne bis in idem*. Isso porque o próprio § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 veda expressamente a redução da pena aos que não sejam primários e não possuam bons antecedentes, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 33.

(...)

§ 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Com efeito, é possível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, desde que em decorrência de exigência legal específica, como no caso em apreço, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade.

Sobre o tema, confira-se o entendimento firmado por este Sodalício:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL PARA OCULTAR ANTECEDENTES CRIMINAIS. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA. PRETENDIDA FIXAÇÃO DO ACRÉSCIMO DA PENA, PELA REINCIDÊNCIA, NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). PRETENSÃO ACOLHIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

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 ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O Supremo Tribunal Federal julgou com repercussão geral o mérito do RE 640.139 RG/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 14/10/2011, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes.

4. A jurisprudência da Suprema Corte, seguida por este Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição da República, afastando-se a alegada violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do non bis in idem. Precedentes.

5. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um mesmo instituto. Precedentes.

6. No tocante ao pedido de que o acréscimo da pena, pela reincidência, seja fixado em 1/6 (um sexto) e não em 1/3 (um terço), constata-se a ausência de interesse processual, na medida em que a pretensão já foi acolhida pelo Tribunal de origem.

7. Ausência de flagrante constrangimento ilegal que eventualmente permita a concessão de ordem ex officio.

8. Writ não conhecido, por se tratar de errônea impetração de habeas corpus originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso especial (ressalvado o entendimento pessoal da Relatora).

(HC 254.009/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 17/02/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FOLHA DE ANTECEDENTES, POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEI. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal. Precedentes.

2. Para concluir pela inocência da paciente em relação ao delito que lhe foi imputado, seria necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus, diante da celeridade do seu rito procedimental, notoriamente marcado pela ausência de dilação probatória.

3. Esta Corte de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil à comprovação da reincidência.

4. Para aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, faz-se necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos na lei (ser o réu primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa), não caracterizando bis in idem a utilização da reincidência pelo Juiz sentenciante para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e para agravar a pena, ante previsão legal.

5. Writ não conhecido.

(HC 211.072/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 13/12/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A valoração da reincidência na segunda etapa da dosimetria, como circunstância agravante, não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto o referido instituto jurídico é sopesado com finalidades distintas em cada fase de fixação da pena, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e prevenção do delito perpetrado. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 214.069/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 29/11/2013)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, melhor sorte não assiste à impetrante.

Com efeito, dispõe o art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto".

In casu, não se me afigura possível fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, por se tratar, como visto, de réu reincidente (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal).

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. RÉU REINCIDENTE EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, para um dos Pacientes, foi suficientemente fundamentada, tendo sido constatado que este possui 5 (cinco) condenações criminais transitadas em julgado, o que confere especial reprovabilidade ao comportamento do agente.

3. Não se comprovando ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, a via do Habeas Corpus não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada aos Pacientes.

4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente condenado à pena entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos de reclusão e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

5. A substituição da pena reclusiva não se mostra socialmente recomendável à espécie, uma vez que o Paciente já foi condenado por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outro crime contra o patrimônio (no caso, roubo). Incidência, na hipótese, do disposto no § 3.º do art. 44 do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 212.778/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444/STJ. MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ AFASTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. CONDENADO REINCENTE EM QUE FOI APLICADA PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- As instâncias originárias, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideraram desfavorável ao paciente apenas o parâmetro referente aos seus antecedentes, em razão de uma ação penal em andamento, o que não autoriza o acréscimo aplicado. Incidência da Súmula n. 444 do STJ.

- Correto o aumento de 5/12 (cinco doze avos) pela incidências das três majorante, uma vez que a exasperação em patamar acima do mínimo legal não decorreu unicamente do número de causas de aumento incidentes, tendo o acórdão recorrido justificado que a majoração se deu em razão das peculiaridades concretas do crime, destacando a maior quantidade de roubadores (três agentes), a ousadia no cometimento do delito e o maior risco gerado às vítimas, que tiveram sua residência invadida e, sob ameaça de uma arma de fogo, foram subjugadas e confinadas, por diversas horas, em pequeno cômodo de sua residência, fatos que autorizam aplicação da qualificadora no quantum adotado. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, haja vista que se trata de condenado reincente, cuja pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, unicamente, para fixar a pena-base em seu mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 225.517/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉU REINCIDENTE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte, segundo o qual ao réu reincidente e condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 anos de reclusão, deve ser aplicado o regime inicial fechado, para o cumprimento da pena reclusiva.

II. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 181.256/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 23/04/2013)

Verifica-se, dessarte, que a irresignação não se encontra em consonância com jurisprudência deste Sodalício.

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0023271-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 287.904 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001543332013 00015433320138260309 1543332013 15433320138260309
20130000713613 2252013 4362013

EM MESA

JULGADO: 06/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE MARQUES

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.