



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.285 - SP (2013/0007749-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOSÉ FLÁVIO PINHEIRO DE MOURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ FLÁVIO PINHEIRO DE MOURA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO DA PENA-BASE. AUMENTO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42, DA LEI N.º 11.343/06. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. CARACTERIZAÇÃO. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. 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, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. No caso, o Paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35 e 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 11 (onze) anos e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.537 (mil quinhentos e trinta e sete) dias-multa, porque, juntamente com outro agente, guardava e mantinha em depósito, para a entrega a consumo de terceiros, 08 g (oito gramas) de "cocaína" e 200 g (duzentos gramas) de "crack".

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007). Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência.

5. No crime de tráfico de drogas, não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto".

6. Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado na pena-base, em decorrência do reconhecimento da exarcebada quantia de droga, bem como da diversidade destas fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*. Precedentes.

7. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.285 - SP (2013/0007749-4)

IMPETRANTE : JOSÉ FLÁVIO PINHEIRO DE MOURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ FLÁVIO PINHEIRO DE MOURA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ FLÁVIO PINHEIRO DE MOURA em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 0068269-03.2009.8.26.0576.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35 e 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 11 (onze) anos e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.537 (mil quinhentos e trinta e sete) dias-multa, porque, juntamente com outro agente, guardava e mantinha em depósito, para a entrega a consumo de terceiros, 08 g (oito gramas) de "cocaína" e 200 g (duzentos gramas) de "crack".

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento para absolver o Paciente da acusação de ter infringido o art. 35 da Lei n.º 11.343/06, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Alega o Impetrante/Paciente, em síntese, ser injustificável o aumento da pena no patamar de 1/6 (um sexto), em face da quantidade de drogas apreendidas.

Assevera que sofre constrangimento ilegal decorrente do reconhecimento da reincidência, em razão de condenação anterior por porte de drogas para consumo pessoal.

Aduz que a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas deve ser aplicada, pois preenche os requisitos legais necessários.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e o afastamento da reincidência.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 17.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 25/47, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 66/68, opinando pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.285 - SP (2013/0007749-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO DA PENA-BASE. AUMENTO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42, DA LEI N.º 11.343/06. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. CARACTERIZAÇÃO. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. 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, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. No caso, o Paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35 e 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 11 (onze) anos e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.537 (mil quinhentos e trinta e sete) dias-multa, porque, juntamente com outro agente, guardava e mantinha em depósito, para a entrega a consumo de terceiros, 08 g (oito gramas) de "cocaína" e 200 g (duzentos gramas) de "crack".

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007). Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência.

5. No crime de tráfico de drogas, não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto".

6. Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado na pena-base, em decorrência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da exarcebada quantia de droga, bem como da diversidade destas fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*. Precedentes.

7. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Talvez a questão **mais** importante, neste caso, **não seja** a questão de fundo, **mas**, sim, **a controvérsia** em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", **que não pode** ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva **quanto** à utilização do "habeas corpus", **culminando por frustrar** a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto **desta** impetração, **não conheceu** da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do "habeas corpus" [...].
[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].
[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do "habeas corpus", **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35 e 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 11 (onze) anos e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.537 (mil quinhentos e trinta e sete) dias-multa, porque, juntamente com outro agente, guardava e mantinha em depósito, para a entrega a consumo de terceiros, 08 g (oito gramas) de "cocaína" e 200 g (duzentos gramas) de "crack".

De início, quanto à alegação de que a agravante da reincidência deve ser afastada, cumpre anotar que, com o advento da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, surgiram acirrados debates na doutrina e nos tribunais acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da novel legislação, seu correspondente sem imposição de pena privativa de liberdade.

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 13/02/2007, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, manifestou-se a respeito do tema, rejeitando a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado.

A propósito, o julgado teve a seguinte ementa:

"EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo 'rigor técnico', que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado 'Dos Crimes e das Penas', só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão 'reincidência', também não se pode emprestar um sentido 'popular', especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado." (DJe de 26/04/2007)

Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência.

O Paciente assevera também ser injustificável o aumento da pena no patamar de 1/6 (um sexto), em face da quantidade de drogas apreendida.

De início, assevere-se que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Observa-se que foram consideradas como fundamentos para fixar a pena-base acima do mínimo legal, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

08 g (oito gramas) de "cocaína" e 200 g (duzentos gramas) de "crack". Tais circunstâncias, por si sós, justificam o aumento implementado à pena-base, pois evidenciam a maior reprovabilidade da conduta do agente.

No ponto, relembre-se que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "*juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto*" (sem grifos no original). Dessa forma, não há constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a significativa quantidade de drogas apreendidas, bem como a diversidade destas.

Vale salientar, ainda, que '*a natureza e a quantidade da droga*' não configuram circunstância elementar do tipo penal de tráfico de drogas, porque tal crime poderá ocorrer, a depender do contexto que envolve o delito (local, condições da ação, circunstâncias pessoais e sociais etc.), mesmo diante de pequena quantidade de droga.

Nesse sentido, confirmam-se os seguinte precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. *Paciente condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 600 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido trazendo consigo 596g de maconha e 84g de cocaína.*

2. *O Tribunal a quo, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do réu, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.*

[...]

10. *Ordem de habeas corpus denegada.*" (HC 194.709/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 17/10/2012; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. [...]. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 5. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. 6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 7. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

4. *Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado no que diz respeito à fixação da pena-base acima do mínimo legal, se ela foi estabelecida levando em consideração a quantidade de droga apreendida - 2 kg (dois quilos) de cocaína -, porquanto observados os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.*

5. No caso, o regime mais rigoroso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos - 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão -, levando em consideração os mesmos vetores antes mencionados.

6. Inviável a substituição por restritivas de direitos, a teor do que dispõe o art. 44, I, do Código Penal.

7. *Ordem não conhecida.*" (HC 248.108/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 02/10/2012; sem grifos no original.)

Impende assinalar que o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do Juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*.

Veja-se, a propósito, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A MUNIÇÕES APREENDIDAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

[...]

2. *Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes.*

[...]

4. *Ordem denegada.*" (HC 123.573/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 02/08/2010; sem grifos no original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUE REGEM A MATÉRIA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...]

5. Mostra-se incabível rever a extensão do aumento da pena-base, quando devidamente fundamentada, pois tal proceder implicaria aprofundada valoração do conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível de ser realizada em sede de habeas corpus.

[...]

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 131.765/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03/08/2009; sem grifos no original.)

No tocante à tese de que na hipótese deveria ter sido aplicada a causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, sorte também não assiste ao Impetrante.

Ora, são condições para que o Condenado faça jus à referida causa de diminuição de pena: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Portanto, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Por oportuno, transcrevo as seguintes ementas:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. AGENTE REINCIDENTE E DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. ALEGAÇÃO DE DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS EFEITOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Constatando-se a ocorrência da reincidência, ausente ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário.

[...]

2. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à imposição de regime diverso do fechado para o início do resgate da sanção." (HC 242.769/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA DJe de 21/09/2012.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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.

[...]

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, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0007749-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 263.285 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 946725

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

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 : JOSÉ FLÁVIO PINHEIRO DE MOURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ FLÁVIO PINHEIRO DE MOURA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.