



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.397 - SP (2016/0320621-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - SP258374
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO RODRIGUES MORAES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO COM LASTRO NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E NA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA CORPORAL SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Por outro lado, *a reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante -, é circunstância que configura óbice à aplicação da causa especial de diminuição de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, que exige, como um dos requisitos para a incidência do benefício da redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a primariedade (HC 301.693/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

- Hipótese em que, reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada *benesse*, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Ademais, as circunstâncias em que ocorreu o delito também indicam a dedicação às atividades criminosas. Precedentes.
- Inalterada a pena corporal, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o montante de pena não atende ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.
- Apesar de o montante da sanção comportar o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso baseou-se na reincidência do acusado e na quantidade da droga apreendida, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 33, § 3º, do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
- *Habeas corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.397 - SP (2016/0320621-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - SP258374
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO RODRIGUES MORAES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO RODRIGUES MORAES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0004636-05.2015.8.26.0577.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa (fls. 19/20).

Inconformada, a defesa interpôs apelação e o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, apenas para modificar o cálculo da reprimenda, sem repercussão na pena definitiva aplicada ao réu, conforme acórdão de fls. 22/34.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal no afastamento da causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que *a reincidência ou os maus antecedentes que inviabilizam a aplicação da supracitada causa de diminuição são aqueles ligados à prática de outro crime de tráfico, ou seja, específica, quando se perde a noção de pequeno e/ou de eventual traficante de drogas. Ademais, impedir a aplicação da minorante única e exclusivamente por conta de condenação anterior pela prática de crimes contra o patrimônio viola o princípio da proporcionalidade, pois a pena infligida ao paciente é muito superior a que lhe seria aplicada caso fosse primário, punindo-o de forma exagerada novamente pelo mesmo crime, caracterizando odioso bis in idem* (fls. 7/8).

Insurge-se a defesa, ainda, contra a fixação do regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

baseado apenas na hediondez do delito, fundamento julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Aponta, por fim, que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez reduzida a pena em razão da aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja aplicado o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, fixado regime diverso do fechado e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 46/48).

Informações prestadas às fls. 59/85 e 89/91.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 95/106).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.397 - SP (2016/0320621-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se o reconhecimento do privilégio, o abrandamento do regime prisional e, se for o caso, a aplicação do art. 44 do CP.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Na espécie, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, fixou as reprimendas em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, com lastro na seguinte fundamentação (fl. 19):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na aplicação da pena, sopesadas as circunstâncias do artigo 59. do Código Penal, a pena-base deve ser aumentada em um sexto, tendo em vista a reincidência, conforme certidão no apenso próprio, tornando-se, assim, definitiva, na ausência de outras condições modificadoras. não se aplicando, bem por isso, a causa especial de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.3443/06, não caracterizando tal situação forma de "bis in idem", uma vez que a reincidência c precípua agravante de pena e, por si só, também impede a atenuação da pena cm razão de estar tal necessariamente vinculada à vida pregressa do réu.

Em razão das condições econômicas do réu, a unidade do dia multa deve ser fixada no mínimo legal, aplicando-se aquela prevista na Lei de Drogas, tendo em vista do princípio da especialidade.

O Tribunal revisor, ao julgar o apelo defensivo, em respeito ao sistema trifásico, modificou o cálculo da reprimenda, sem repercussão na pena definitiva aplicada ao réu. Na ocasião, foi mantido o não reconhecimento do privilégio nos seguintes moldes (fls. 28/30):

Na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por ser o réu reincidente, o que torna irrelevante qualquer discussão quanto aos demais requisitos para concessão desse benefício.

Anoto, neste ponto, que a impossibilidade de aplicação do redutor ao réu reincidente decorre de norma penal válida e eficaz, emanada do poder competente, cm atendimento à política criminal vigente, que dispensa maior rigor no tratamento do criminoso condenado pela prática de tráfico de entorpecentes.

Assim, sendo a conduta do traficante realizada com o fito de obter lucro mediante a comercialização de substâncias ilícitas, nada mais razoável e proporcional que exigir, como requisito para o recebimento da benesse prevista no citado dispositivo, a primariedade do agente, uma vez que, sendo o réu reincidente, deixou evidente que aquela reprimenda não foi suficiente para ressocializá-lo, sendo esta determinação legal plenamente concorde com o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade.

Consigne-se que a simples reincidência -e não somente a específica afasta a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, já que tal benefício se destina ao traficante primário e de bons antecedentes.

A esse respeito, o C. Superior Tribunal de Justiça:(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre ressaltar, ainda, que a consideração da reincidência para majoração da pena na segunda fase e para a não aplicação da causa de diminuição na terceira fase não pode ser entendida como bis in idem. Num primeiro momento, a reincidência é considerada como agravante genérica e, na fase seguinte, a primariedade é exigida como requisito para o recebimento da benesse prevista no citado dispositivo.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

No caso, observa-se que as instâncias de origem não aplicaram a causa de diminuição retromencionada sob a tese de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, diante do fato de ele ser reincidente.

De fato, da leitura da folha de antecedentes de fls. 35/43, infere-se a presença de duas condenações definitivas (uma pelo delito de furto qualificado e outra, pelo de roubo majorado), o que, aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, apontam a dedicação às atividades criminosas, de modo que o acusado não preenche os requisitos elencados no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

(...)

CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes.

(...)

2. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 360.552/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA ETAPA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. DETRAÇÃO. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE FICOU PRESO INDEVIDAMENTE EM AÇÃO PENAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. *Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*

3. *Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.*

(...)

8. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 363.761/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016) - grifei.

Por outro lado, a reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante -, é circunstância que configura óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, que exige, como um dos requisitos para a incidência do benefício da redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a primariedade (HC 301.693/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

Por oportuno, inalterada a pena corporal, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o montante da pena não atende ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o sentenciante estabeleceu o regime mais gravoso com lastro apenas na hediondez do delito (fl. 20). O acórdão recorrido, por sua vez, manteve o regime mais gravoso nos seguintes moldes (fls. 30/31):

O regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, estabelecido na sentença, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLII1), aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas, somada à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado. Soma-se a isso o fato de o acusado ser reincidente.

Em outras palavras, o regime fechado está sendo estabelecido, não em razão da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição do regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção, além da reincidência.

Diante disso, in casu, é inadmissível a imposição de regime mais brando, solução que ensejaria sentimento de impunidade e incentivo à criminalidade, contrariando o anseio legítimo da sociedade em ver o autor de crime de tal natureza mais severamente punido.

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que, no julgamento do recurso de apelação, o Tribunal local conferiu legalidade na fixação do regime mais gravoso, ao destacar a quantidade da droga apreendida e a reincidência do paciente, elementos que ensejam uma maior repressão estatal, ante a gravidade concreta da conduta, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PARTICIPAÇÃO DE MENORES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

5. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.303/RS, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 25/11/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do *habeas corpus***, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0320621-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 381.397 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00046360520158260577 20160000479752 46360520158260577

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - SP258374
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO RODRIGUES MORAES

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.