



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.593 - MS (2013/0200529-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROBSON LEDESMA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO.

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 recurso especial.

2. O Tribunal *a quo* negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

3. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta a inaplicabilidade da minorante. Como o redutor do § 4º do artigo 33 remete-se à primariedade, o simples fato de a agravante não repercutir no escalonamento sancionatório não faz, *tout court*, desaparecer a peculiaridade do paciente, que, malgrado tenha contribuído para o deslinde da causa, não perde a pecha da reincidência.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. *In casu*, não se 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).

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de outubro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.593 - MS (2013/0200529-6)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROBSON LEDESMA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ROBSON LEDESMA, pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação, que manteve a condenação do paciente - AP 01010064820118120004.

Ressuma dos autos que o paciente interpôs apelação criminal em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Amambai/MS nos autos da ação penal n. 0101006-48.2011.8.12.0004, que o condenou à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão e 600 dias-multa, com regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na ocasião, *inter alia*, alegou que deveria ser reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não aplicada na sentença, pois preencheria todos os requisitos exigidos, não sendo reincidente específico. Aduziu que, reconhecido o tráfico privilegiado, deveria ser afastada a hediondez do delito, permitindo-se a fixação da pena privativa de liberdade no regime prisional mais brando, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Todavia, não se obteve êxito, sendo prolatado acórdão, por maioria, assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – PERSONALIDADE DO RÉU E CONDUTA SOCIAL – CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS AFASTADAS – PENA REDUZIDA – ALMEJADA APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO – RÉU REINCIDENTE – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – AGRAVANTE DE PAGA OU RECOMPENSA – CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL EM COMENTO – EXCLUSÃO *EX OFFICIO* – COMPENSAÇÃO *EX OFFICIO* DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A conduta social e a personalidade do agente não devem ser valorada negativamente, isto porque "*o cidadão deve responder pelo fato criminoso imputado* (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor e indisfarçável violação do primado *constitucional da proteção da intimidade*)". (TJRS. 5ª Câmara Criminal. Apelação 70045518073. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. J. 9.11.2011). O Estado não pode invadir a liberdade e intimidade pessoais dos jurisdicionados, impingindo-lhes comportamentos "moralmente aceitos", de definição puramente subjetiva, remetendo-nos, com isso, ao malfadado Direito penal do autor, em que se pune a pessoa simplesmente pelo que ela é.

O reconhecimento da minorante do tráfico eventual se mostra inviável quando comprovado que o paciente é comprovadamente reincidente, pouco importando se a reincidência é específica ou não, já que ausente qualquer distinção feita pelo legislador nesse sentido.

O crime de tráfico de drogas está elencado no rol do crimes hediondos e equiparados, sendo de rigor a aplicação dos efeitos da Lei 8.072/90.

Embora o delito de tráfico ilícito de entorpecente se configure mesmo com o transporte gratuito da droga, isso não significa que a recompensa em dinheiro deva agravar a pena, porque, em princípio, a referência a comércio ou mercancia nos remete à ideia de lucro. (HC 168992/CE, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2010, DJe 02/08/2010).

Sendo ambas a circunstâncias preponderantes, efetua-se a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Precedentes da 6ª Turma do STJ.

Recurso parcialmente provido. (fls. 174-175).

Seguiu-se o julgamento de embargos infringentes, com a ementa assim estruturada:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO - ALMEJADA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º. DA LEI 11343/06 - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - REINCIDÊNCIA QUE IMPEDE O BENEFÍCIO PLEITEADO RECURSO IMPROVIDO.

Os requisitos previstos para o reconhecimento da minorante do denominado "tráfico privilegiado" são cumulativos, sendo que a ausência de qualquer um deles impede a concessão do benefício.

Diante da reincidência do embargante, não cabe reconhecer a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06.

Recurso improvido. (fl. 216).

Destaca que, tendo sido promovida a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência, esta não poderia ter o condão de afastar a incidência da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Aponta que o fato que teria conduzido à reincidência seria homicídio, ou seja, imputação completamente desligada do tipo de criminalidade ora em foco, tráfico de drogas.

Destaca que o regime inicial também não se justifica, porquanto a pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi fixada no mínimo legal.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da causa de diminuição da pena em seu patamar máximo, com a modificação do regime inicial para o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 233/235.

Foram prestadas informações às fls. 240/272.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Antônio Carlos Pessoa Lins, pela concessão parcial da ordem (fls. 275/277).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.593 - MS (2013/0200529-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO.

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 recurso especial.
2. O Tribunal *a quo* negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".
3. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta a inaplicabilidade da minorante. Como o redutor do § 4º do artigo 33 remete-se à primariedade, o simples fato de a agravante não repercutir no escalonamento sancionatório não faz, *tout court*, desaparecer a peculiaridade do paciente, que, malgrado tenha contribuído para o deslinde da causa, não perde a pecha da reincidência.
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
5. *In casu*, não se 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).
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preliminarmente, impende 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.

Para melhor deslinde da controvérsia, mister transcrever excerto no édito condenatório:

(...) Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA, para condenar os réus ROBSON LEDESMA como incurso nas sanções do art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006. DA INDIVIDUALIZAÇÃO E FIXAÇÃO DA PENA. Em conformidade às diretrizes estabelecidas no art. 68, do Código Penal passo à dosimetria da pena, analisando-se primeiramente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal: - Culpabilidade: os autos revelam que a culpabilidade do Acusado foi normal. - Antecedentes: os seus antecedentes não são bons, todavia a condenação pelo crime de homicídio doloso na cidade de Caarapó/MS será sopesada como reincidência. - Conduta Social: o Acusado possui péssima conduta social pois ao invés de procurar ganhar dinheiro de forma lícita, foi procurar o caminho mais fácil, qual seja o tráfico. - Personalidade do agente: sua personalidade é de uma pessoa avessa ao trabalho honesto. - Motivos do crime: os motivos são inerentes ao crime. - Circunstâncias: as circunstâncias são normais ao tipo. - Conseqüências do crime: as conseqüências do delito não são muito graves, porquanto a droga foi apreendida. - Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influenciou para a prática do delito porquanto o crime é praticado contra a sociedade. Deste modo, tendo em vista a conduta social e a personalidade do Réu, acima sopesados que são desfavoráveis ao Acusado, fixo-lhe a pena-base do tráfico em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa. Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, que deverá ser corrigido na forma da lei, diante da situação financeira do Réu. Passo à análise das circunstâncias legais atenuantes e agravantes dos artigos. 61 e seguintes do Código Penal: Milita em favor do Acusado a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, II, "d", do CP), todavia também incide a circunstância agravante prevista no art. 62, IV, do CP uma vez que o Réu agia mediante a promessa de recompensa, razão pela qual compenso as duas circunstâncias. Incide também a agravante da reincidência razão pela qual elevo a pena em 06 (seis) meses. Não incide a circunstância do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos pois o Réu é reincidente. Por fim, haja vista que não incidem causas de aumento de pena, torno definitiva a pena do réu ROBSON LEDESMA em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa pela prática do crime de tráfico (art. 33. "caput". da Lei 11.343/06). DAS DISPOSIÇÕES FINAIS Nos termos do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, a pena do Réu deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado (fls. 111/113).

O Colegiado estadual, por sua vez, assim se manifestou:

Divirjo do relator.

Ouso divergir do e. Relator, no tocante a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois entendo que o apelante é reincidente, não fazendo jus a redução de pena.

A reincidência foi devidamente reconhecida na sentença condenatória de 1º grau, confirmada ainda pela certidão de f. 60, 62, 63 e 64, onde consta a condenação por crime de homicídio qualificado. *Ad argumentandum tantum*, ressalto que me posiciono nesse sentido, tendo em vista que o Código Penal e a atual Lei de Drogas, ao fazer menção acerca da reincidência não distingue a simples reincidência penal da reincidência específica.

Nesse sentido, já decidi:

(...)

Portanto, divirjo do relator para não aplicar a referida minorante e, por consequência, fica mantida a hediondez para efeitos de progressão de regime e livramento condicional.

Quanto aos demais termos do recurso, concordo com o relator na redução da pena-base, na exclusão, *ex officio*, da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal (crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa), e na compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Deste modo, o apelante resta definitivamente condenado a uma pena de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Por todo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, afastar *ex officio* a agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal e compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, restando o apelante Robson Ledesma definitivamente condenado a pena de 05 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado e pagamento de 500 dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente a data do fato. Decisão em parte como o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parecer ministerial (fls. 181/184).

Em sede de embargos infringentes, o Tribunal de origem consignou o que se segue:

Trata-se de EMBARGOS INFRINGENTES interpostos por Robson Ledesma em face de acórdão, não unânime, proferido nos autos de apelação criminal n. 0101006-48.2011.8.12.0004, onde a 2ª Câmara Criminal deu parcial provimento ao recurso, deixando de aplicar a almejada causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

O Embargante, irresignado com a decisão, pugna pela manutenção do voto vencido, proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence a fim de que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Os embargos são tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

A questão controvertida a ser apreciada nestes Embargos versa sobre a possibilidade de ser reconhecida a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas em favor do réu reincidente cuja condenação anterior (homicídio qualificado) não tenha relação com o delito ora julgado (tráfico de substância entorpecente).

Consultando o caderno processual, verifica-se que o Embargante foi denunciado como incurso no art. 33, "caput" da Lei 11.343/06, pois, na Rodovia MS 289, Km 12, foi detido transportando, escondido em uma mochila, tabletes de maconha, totalizando 6,780 Kg (seis quilos, setecentos e oitenta gramas).

Finda a instrução criminal, o Embargante foi condenado pelo magistrado "a quo" à pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado e 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do delito capitulado no art. 33, "caput", da Lei 11343/2006 (f. 106/108).

Inconformado com a sentença, o Embargante interpôs Apelação (f. 126/138). A 2ª Câmara Criminal, ao apreciar o recurso, por maioria, deu provimento parcial à Apelação, em julgado que recebeu a seguinte ementa (f. 168/181):

(...)

Entretanto, divergindo do entendimento majoritário, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence entendeu por bem aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. E este é o posicionamento que o Embargante pretende que prevaleça, razão pela qual interpôs os presentes Embargos Infringentes.

Da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11343/2006.

A Lei n. 11343/2006, em seu art. 33, § 4º, prevê a figura do chamado "tráfico privilegiado", dispondo que:

§ 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.

O legislador previu os pressupostos para a incidência do benefício legal, indicando que a causa especial de diminuição de pena tem sua aplicabilidade restrita aos que preencherem os requisitos expressos da norma, quais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sejam: ser o agente primário; ter bons antecedentes; não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminoso.

Oro, consta expressamente do art. 33, § 4º, Lei n. 11343/2006, que para fazer jus ao benefício deve o acusado ser primário, logo, por exclusão, chega-se à conclusão que o acusado reincidente não atende aos requisitos legais.

Certo é que a primariedade do agente se verifica pela não reincidência e, conforme o Código Penal, no seu artigo 63, o agente será reincidente quando pratica um delito após o trânsito em julgado de outro crime.

(...)

Assim, para fazer jus ao benefício o agente precisa, concomitantemente, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas e nem pertencer à organização criminosa.

Analisando todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, conclui-se que o Embargante não faz jus ao benefício pleiteado, vez que não é primário.

Vê-se da folha de antecedentes criminais de f. 63, que o Embargante foi condenado a 14 anos de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 121, CP (homicídio) e ali ficou atestado que referida condenação transitou em julgado em 25/04/2006.

A folha de antecedentes criminais acima mencionada, expedida por órgão oficial (Instituto de Identificação) trouxe informação expressa e completa quanto ao trânsito em julgado de sentença condenatória e data em que ocorreu, logo, é documento hábil para se concluir pela caracterização da reincidência.

Em consulta ao SAJ (Sistema de Automação do Judiciário) constata-se que, nos autos de execução penal n. 0003248-17.2007.8.12.0002, em trâmite na comarca de Dourados, na data de 07/05/2010, foi concedido ao Embargante o direito a progressão para o regime semiaberto, com fulcro no art. 112, da Lei de Execução Penal. Não obstante, em 18/11/2011, o Embargante foi detido, em flagrante, pelo delito em análise nestes autos.

Assim, está comprovado o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior e o cometimento do novo crime depois do Embargante ter sido condenado definitivamente, mas ainda sem cumprir a pena do delito anterior.

O Embargante não é primário, portanto, falta-lhe o requisito essencial para o recebimento da benesse legal, eis que reincidência é fator a ser ponderado para a não concessão das benesses do tráfico privilegiado.

A despeito da combatividade da Defesa, o Embargante não faz jus a aplicação de tal minorante, como bem observou o Ilustre Revisor, Des. Romero Osme Dias Lopes no voto vencedor da Apelação, no qual consignou que:

(...)

É farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a reincidência do agente impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Vejamos:

(...)

Em suma, para a incidência da causa de diminuição de pena pleiteada, mister seria que o réu satisfizesse, de forma cumulativa, os requisitos elencados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo que a falta de um deles impede, necessariamente, a concessão do benefício em seu favor.

Tratando-se de réu reincidente, inviável a aplicação da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11343/2006, como exposto no voto vencedor da apelação criminal proferido pelo Des. Romero Osme Dias Lopes (f. 175/181).

Diante do exposto, com o parecer, NEGÓ PROVIMENTO aos embargos infringentes (fls. 217/224).

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.

In casu, que o Colegiado estadual manteve, de forma escoreita, a negativa de incidência da referida causa especial de redução de pena, em razão da reincidência do paciente. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse em comento.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA. TRANSNACIONALIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal no aumento da pena-base se, no acórdão impugnado, esclareceu-se ter sido grande a quantidade de substância entorpecente apreendida - 1.045g (um mil e quarenta e cinco gramas) de "cocaína", pois 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".

2. 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.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "em se tratando o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de delito de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as condutas de "trazer consigo", "guardar" ou transportar", fica afastada a alegação de bis in idem pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas)." (HC 173.174/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE -, DJe 19/04/2013.) 4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

4. A reincidência torna inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em conta o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário.

5. Não há falar em ocorrência de bis in idem, em razão do instituto jurídico da reincidência ter agravado a sanção na segunda etapa da estipulação da pena e impedido a aplicação da causa especial de diminuição da pena estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, já que decorrem do cumprimento de expressa previsão legal.

6. É assente, nas Cortes Superiores, o entendimento de que, observada a reincidência (art. 63 do CP), há que se impor regime inicial mais gravoso (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP).

7. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

(HC 164.342/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 24/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E USO DE IDENTIDADE FALSA. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO REINCIDENTE. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

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 contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do writ, pois depende de aprofundamento probatório.

3. Paciente que é reincidente e, por isso mesmo, não pode ser beneficiado com a causa especial de diminuição do tráfico.

4. Alteração do regime inicial de pena e de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos colocadas como consequência da redução da pena que não ocorreu. Montante, ademais, da reprimenda, que impede os pleitos.

5. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade desta impetração.

6. Writ não conhecido.

(HC 172.712/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013)

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 REINICIDÊNCIA. 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. Não há o que se falar em bis in idem, mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico - a reincidência - quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente.

3. Ademais as circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante do agente, somadas à quantidade e à diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em seu poder, levaram à conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, dedicando-se a atividade criminosa.

REPRIMENDA RECLUSIVA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. REINICIDÊNCIA E PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS NESSE PONTO.

1. Ausente a ilegalidade na reprimenda fixada pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o habeas corpus no ponto em que almeja o estabelecimento de regime diverso do fechado para o início do resgate da sanção, pois a manutenção da pena no patamar de 6 (seis) anos de reclusão somada à reincidência do agente, tornam objetivamente inviável tal pretensão na hipótese, de acordo com o art. 33, § 2º, b e c, do CP.

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. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 21/09/2012)

Não se pode olvidar que a compensação entre reincidência e confissão espontânea, eficaz no âmbito da segunda etapa da dosimetria, não infirma a consideração da recidiva em estágios outros da edificação da resposta punitiva. Dessa maneira, como o redutor do § 4º do artigo 33 remete-se à primariedade, o simples fato de a agravante não repercutir no escalonamento sancionatório não faz, *tout court*, desaparecer a peculiaridade do paciente, que, malgrado tenha contribuído para o deslinde da causa, não perde a pecha da reincidência.

Dessarte, o fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta a inaplicabilidade da minorante. Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO EFETIVADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXISTÊNCIA DE OUTRA AGRAVANTE (CRIME PRATICADO CONTRA MAIOR DE 60 ANOS). EXASPERAÇÃO NA SEGUNDA FASE JUSTIFICADA. REGIME FECHADO. LEGALIDADE. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO QUE NÃO AFASTA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO.

1. A simples assertiva de que os autos revelariam que a personalidade do paciente tem se inclinado para o crime, destituída de qualquer elemento concreto, não se presta para justificar o aumento da pena-base.

2. Na esteira da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, o Tribunal a quo procedeu à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, sendo a pena do paciente majorada na segunda fase porque havia outra agravante, referente ao fato de o delito ter sido praticado contra maior de 60 anos.

3. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não elimina a obrigatoriedade da fixação do regime fechado a condenado à pena superior a 4 anos de reclusão.

4. Ordem parcialmente concedida para, afastando a valoração negativa da personalidade, reduzir a pena-base ao mínimo legal, ficando a reprimenda definitivamente fixada em 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa.

(HC 176.914/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 25/04/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO FORMAL. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RÉU USUÁRIO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA ALHEIA À PRÁTICA DELITIVA. OBJETOS RESTITUÍDOS À VÍTIMA. CONSEQUÊNCIAS NORMAIS AO CRIME DE ROUBO. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DE CONFISSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, inquéritos ou ações penais em andamento não podem ser levados em conta para efeito de fixação da pena-base acima do mínimo, ainda que sob a roupagem de "personalidade voltada à prática de crimes", em respeito ao princípio da presunção de inocência.

2. O fato de ser o paciente usuário de drogas não deve influir na dosimetria da pena. Tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação.

3. No que se refere às consequências do crime de roubo, em que pese a afirmação do magistrado referente ao "elevado valor dos objetos subtraídos", o paciente foi preso em flagrante na posse dos referidos bens, sendo restituídos à vítima. Assim, diante dessa peculiaridade, as ditas consequências do roubo foram, na verdade, normais à espécie.

4. A Sexta Turma desta Corte orienta-se no sentido de permitir a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

5. Tratando-se de réu reincidente, inviável o estabelecimento do regime semiaberto.

6. Ordem concedida para reduzir a pena do paciente de 9 (nove) anos, 10 (dez) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa, para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

(HC 137317/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)

No mais, cumpre destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pelo Pretório Excelso a obrigatoriedade do regime inicial fechado nas condenações por crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Não é outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte, que adotou o posicionamento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Na hipótese vertente, entretanto 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).

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".

Nesta senda:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 REINCIDENTE 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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 reincidente, 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)

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)

Tem-se, portanto, 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: 2013/0200529-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.593 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01010064820118120004 1010064820118120004 3492011

EM MESA

JULGADO: 08/10/2013

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. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROBSON LEDESMA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.