



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.693 - SP (2014/0204834-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER DE CAMPOS E SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (1) CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FEITOS EM CURSO. AUSÊNCIA DO DOCUMENTO MENCIONADO PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AFERIÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL IMPOSSIBILIDADE. (3) CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. EFETIVA UTILIZAÇÃO NA SENTENÇA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE QUE SE FAZ IMPERATIVA. (4) COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. (5) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE CONFIGURA ÓBICE À CONCESSÃO DA BENESSE. (6) REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. (7) NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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. É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de utilização de feitos em curso para exasperar a pena-base, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir o documento mencionado pelo Juízo de primeira instância para justificar a majoração da pena na primeira fase da dosimetria, o qual é imprescindível à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido.

3. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, ainda que, ocorrida na fase extrajudicial, haja retratação em juízo, quando o juiz se vale dela para formar seu convencimento.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea - que envolve a personalidade do agente - são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas.

5. É inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto é reincidente. A reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

6. Condenado o paciente à pena de 6 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não é possível fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0041809.63.2013.8.26.0050 para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.693 - SP (2014/0204834-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER DE CAMPOS E SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de VAGNER DE CAMPOS E SOUZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0041809-63.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, c.c. o art. 61, I, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) A ação penal é procedente. A materialidade criminosa ficou comprovada pela prisão em flagrante do acusado, em local tido como ponto de venda de drogas e de prostituição, freqüentado por prostitutas e travestis, oportunidade em que o réu dispensou um pacote contendo 05 (cinco) porções de maconha, 19 (dezenove) de *crack* e mais 40 (quarenta) de cocaína. Inquirido a respeito, o réu informalmente admitiu aos Policiais Civis que ali fazia programas e também a venda dos entorpecentes. Neste sentido: o teor do flagrante (fls. 02 e seguintes); os depoimentos convergentes dos Policiais Civis (fls. 04/05); a minudente "notitia criminis" (fls. 08/10); o Auto de Exibição e Apreensão (fls. 11/12); o Exame de Constatação (fls. 13); e o Exame Químico Toxicológico (fls. 77/78). Igualmente caracterizada a autoria infracional. Bem se sabe que prostitutas e travestis são instrumentos do tráfico de drogas, associando programas sexuais, à venda de drogas a clientes e não clientes. Era exatamente isso o que acontecia no local dos fatos, já conhecido dos Policiais Civis do 102º DP. O réu Wagner, travesti que costumava atuar naquele ponto de venda de drogas e de prostituição, não fugiu a essa regra. Aliás, Wagner, vulgo "Priscilla", além de possuir condenação por roubo (fls. 49/50 e 63), também já havia sido condenado por tráfico de drogas. Justamente nesse contexto que os Policiais Civis faziam rondas no local, visando coibir o tráfico e a prostituição. Segundo narraram os Policiais Civis, nas duas fases procedimentais, o réu Wagner, ao notar a aproximação da viatura policial, adotou conduta suspeita, dispensando um pacote ao chão. Os Policiais Civis então abordaram VAGNER e recuperaram o volume por ele dispensado. Ao vistoriá-lo, encontraram em seu interior as 05 (cinco) porções de maconha, as 19 (dezenove) porções de *crack* e mais 40 (quarenta) porções de cocaína. Indagado a respeito, **o réu prontamente admitiu que acabara de chegar ao local, para iniciar seus trabalhos,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a realização de programas sexuais e a venda dos entorpecentes. Diante desse contexto, há de se afastar a negativa do réu em Juízo, quando alegou a condição de mero usuário de drogas. As circunstâncias da prisão, envolvendo o travesti já condenado por tráfico de drogas e roubo, em local que é ponto de venda de entorpecentes e que estava em poder de 05 (cinco) porções de maconha, 19 (dezenove) de *crack* e mais 40 (quarenta) de cocaína, bem caracteriza a narcotraficância. Certamente que a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos, assim como a forma de embalagem (invólucros individuais prontos para a entrega a terceiros), não autoriza a desclassificação para o art. 28 ou o art. 33, § 3º, da Lei de Drogas. Os depoimentos dos Policiais Cíveis, prestados nas duas fases procedimentais, merecem credibilidade. (...) Mazzoni — 02.10.95 — v.u.). Há de prevalecer a prova documental e pericial, além dos testemunhos dos policiais, segundo os quais, o réu portava consigo, para fins de venda, diversas porções de maconha, cocaína e *crack*. Não foi produzida qualquer prova no sentido de inquinar os depoimentos dos policiais. Mister se faz a formalização do decreto condenatório e a fixação da pena correspondente. As circunstâncias judiciais do artigo 59 são desfavoráveis ao réu, pois ostenta **histórico de vida voltado ao crime, mormente o tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 64), em regra associado com a prostituição.** Fixo inicialmente a sanção no patamar de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. **O réu chegou a confessar informalmente aos Policiais Cíveis, no momento da abordagem policial, que realmente fazia o tráfico de drogas, junto com seus programas como travesti.** Tomo isso para aplicar em seu favor a atenuante do art. 65, III, d, do CP. Em contrapartida, a condenação por roubo, certificada a fls. 49/50 e 63, o caracteriza como reincidente. Assim, compenso a agravante pela atenuante e mantenho a sanção no patamar de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Bem se vê que se trata de réu reincidente técnico (fls. 49/50 e 63), também já condenado por tráfico de drogas (fls. 64). Assim, sendo, não merece o benefício da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 1 1.343/06. A medida é consequência não só da reincidência técnica, como também do histórico de vida do acusado, o qual evidenciou se tratar de indivíduo que se dedica corriqueiramente às atividades criminosas. Extrai do roubo e do narcotráfico, associados à prostituição, o seu sustento. Isto posto, CONDENO o réu VAGNER CAMPOS DE SOUZA, vulgo "PRISCILLA", RG/SP nº 35.102.446, ao cumprimento de 06 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº. 11.343/06, c.c. artigo 61, inciso I, do Código Penal. Tratando-se de crime hediondo, deverá o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, observando-se o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90 (com redação dada pela Lei nº 1 1.464, de 28 de março de 2007). O réu demonstrou que aufere a própria subsistência da criminalidade. Cometeu o tráfico de drogas logo após haver deixado o sistema prisional. Logicamente que em liberdade, voltará a delinquir, em detrimento da Sociedade. (...) (fls. 116/117) (grifou-se).

Irresignadas, ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao ministerial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperando a reprimenda do paciente para 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, nos seguintes termos:

(...)

A pena, conquanto criteriosamente dosada e fundamentada, merece porém alguns reparos, assistindo razão ao nobre Promotor de Justiça. O ora apelante não confessou a prática delitiva. Ao contrário perante a autoridade policial, optou por permanecer em silêncio (fls. 06). Posteriormente, ao ser ouvido em Juízo sob o crivo do contraditório, acabou negando as imputações (fls. 86), esclarecendo que estaria no local dos fatos apenas para realizar programas sexuais.

Adotado o sistema trifásico previsto no art. 68 do CP, em uma primeira etapa, o aplicador da lei deve, atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo Código, estabelecer a "pena-base"; na segunda fase, considerar o peso das circunstâncias atenuantes e agravantes e; na terceira e última operação, computar as causas de diminuição e de aumento da pena.

Após analisar os autos, entendo ser mais adequada ao caso em apreço a dosimetria seguinte:

a) estando atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, a pena-base fica mantida em 06 anos de reclusão, tal como lançada da r. sentença;

b) elevo-a em 1/6, em razão da presença da agravante da reincidência prevista no art. 61, I, do CP;

c) por derradeiro, mantenho inalterado o subtotal obtido na fase anterior, ante a ausência de causa de diminuição.

Sua reincidência (fls. 63), seja ela específica ou não, corresponde a circunstância objetiva totalmente incompatível com a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em razão de expressa vedação legal, devidamente reconhecida na r. sentença hostilizada (cf. fls. 89/90), não havendo como afastá-la.

Entendimento diverso, além disso, impediria a pena de alcançar seus objetivos, a saber: prevenção e reprovação do delito.

Pondere-se, ainda, que o entorpecente apreendido é de natureza altamente viciante e de grande potencial nocivo para a saúde dos usuários (cocaína e o crack); a dinâmica é ainda elemento indicativo de que o agente se dedica a atividades criminosas.

Chega-se, assim, a um total final de 07 anos de reclusão, que torno definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

No cálculo da sanção pecuniária, considerado o estabelecido no art. 49 do CP, fixo-a como base em 600 dias-multa.

Aplicadas as modificações acima descritas, chega-se a um total final de 700 dias-multa, que torno definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

Considerada a situação econômica do réu, é o dia-multa estabelecido à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime prisional para início do cumprimento de pena deve ser, por fim, estabelecido no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso em apreço e pelo disposto no art. 33, § 3º, do CP, que se remete aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP.

Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que estabelecer-se regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade

"também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero".

Na ocasião, observou-se, ainda, que tratados e convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.

Seria este o caso da "Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas", que foi incorporada ao nosso Direito interno por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Referida Convenção teria, consoante entendimento do Ministro Relator, natureza de verdadeira "norma supralegal de hierarquia intermediária", pela qual cada Estado soberano estaria autorizado "a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes".

O impacto de referido acórdão foi profundo, tendo ensejado, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, no dia 15 de fevereiro de 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibia mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.

A partir de então, passou a prevalecer na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. Passou a ser, assim, perfeitamente concebível fosse fixado, também na condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, regime inicial diverso do fechado.

A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.

Não cabe, contudo, neste processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da executoriedade da vedação.

No presente caso, o ora apelante simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena.

O recorrente não faz efetivamente jus à fixação do regime inicial diverso do fechado, seja pela quantum da pena, seja em razão do quanto disposto no art. 33, § 3º, do CP, que se remete aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP.

A gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados, tendo sido constatada quantidade não desprezível de entorpecente altamente viciante, exige maior rigor por parte do Estado, cabendo mesmo a adoção do regime fechado para início do cumprimento de pena.

Examinando os autos, portanto, verifica-se que a sentença combatida analisou corretamente as questões suscitadas e avaliou com propriedade o conjunto probatório, tendo dado exato deslinde à causa, razão pela qual resiste galhardamente às críticas que lhe são dirigidas nas razões do apelo defensivo. Qualquer acréscimo que se fizesse aos bem deduzidos fundamentos da decisão atacada constituiria desnecessária redundância.

Como se isso não bastasse, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vigor desde 04 de novembro de 2009, dispõe, em seu art. 252, que "nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da Defesa e dá-se provimento ao apelo Ministerial para modificar as penas, que passam a ser fixadas em 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e em 700 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos. Fica, no mais, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fls. 87/92).

No presente *mandamus*, alega a defesa, em suma, que todas as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal foram positivas, não havendo razão para o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

Aduz que "o juízo de primeira instância aumentou a pena base em 1/5 (um quinto) por considerar que o recorrente teria histórico de vida voltado ao crime, mormente o tráfico de drogas associado com a prostituição".

Sublinha que "a referida exasperação se encontra integralmente equivocada porque o processo criminal mencionado pelo magistrado contempla uma condenação não transitada em julgado (fl. 64)".

Conclui que, "em atenção ao princípio do estado de inocência e o teor da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, não é cabível o agravamento da pena-base com fundamento em inquéritos policiais e ações penais em curso" (fl. 3).

Sustenta, ainda, o reconhecimento da confissão extrajudicial, bem como sua compensação com a agravante da reincidência, visto que "a despeito da retificação do apelante em juízo, os policiais ressaltaram que ele admitiu a autoria do crime durante a abordagem e isso foi utilizado pelo órgão julgador de primeira instância para fundamentar sua decisão condenatória" (fl. 4).

Defende a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, reduzindo a pena definitiva em até 2/3 (dois terços), sustentando que "o fato de a condenação definitiva anterior não se referir ao crime de tráfico de drogas possibilita a aplicação do mencionado dispositivo e a consequente redução da sanção final" (fl. 8).

Argumenta, também, pela possibilidade da fixação do regime inicial semi-aberto, pois "nos termos dos artigos 33, § 2º, alínea "b", e 59, ambos do Código Penal, ao recorrente deve ser imposto o regime semiaberto, posto que, embora reincidente, merece ter todas as circunstâncias judiciais avaliadas positivamente, com o provimento do pleito principal, a pena de reclusão ficará bem abaixo dos quatro anos" (fl. 12).

Por fim, invoca a aplicação dos enunciados sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

Requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, a incidência da causa especial de redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo (2/3) e a fixação do regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena (fl. 13).

A liminar foi indeferida às fls. 97/98.

Foram prestadas informações às fls. 102/104 e 106/134.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Raquel Elias Ferreira Dodge, pela denegação da ordem (fls. 137/143).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.693 - SP (2014/0204834-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (1) CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FEITOS EM CURSO. AUSÊNCIA DO DOCUMENTO MENCIONADO PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AFERIÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL IMPOSSIBILIDADE. (3) CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. EFETIVA UTILIZAÇÃO NA SENTENÇA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE QUE SE FAZ IMPERATIVA. (4) COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. (5) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE CONFIGURA ÓBICE À CONCESSÃO DA BENESSE. (6) REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. (7) NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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. É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de utilização de feitos em curso para exasperar a pena-base, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligar o documento mencionado pelo Juízo de primeira instância para justificar a majoração da pena na primeira fase da dosimetria, o qual é imprescindível à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido.

3. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, ainda que, ocorrida na fase extrajudicial, haja retratação em juízo, quando o juiz se vale dela para formar seu convencimento.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea - que envolve a personalidade do agente - são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas.

5. É inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto é reincidente. 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.

6. Condenado o paciente à pena de 6 anos de reclusão, tratando-se de réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidente, não é possível fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0041809.63.2013.8.26.0050 para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

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

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

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

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

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, a impetrante alega que “a referida exasperação se encontra integralmente equivocada porque o processo criminal mencionado pelo magistrado contempla uma condenação não transitada em julgado (fl. 64)”. Ocorre, entretanto, que a impetrante não colacionou aos autos a mencionada “fl. 64”, invocada pelo Juízo de primeira instância para justificar a fixação da sanção básica em patamar superior ao mínimo legal.

Assim, é inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de utilização de feitos em curso para exasperar a pena-base, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir o documento mencionado pelo Juízo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira instância para justificar a majoração da pena na primeira fase da dosimetria, o qual é imprescindível à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido.

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de habeas corpus seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Tocando ao impetrante a incumbência de demonstrar a veracidade de suas alegações, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.

Inviável, assim, a aferição da ilegalidade apontada, tendo em vista que a impetrante não encartou aos autos documento indispensável à análise do alegado constrangimento ilegal.

Quanto à questão relativa à confissão espontânea, razão assiste à impetrante.

Com efeito, não obstante tenha havido retratação em juízo, verifica-se que o Magistrado sentenciante se valeu da confissão extrajudicial para condenar o paciente, salientando que "o réu prontamente admitiu que acabara de chegar ao local, para iniciar seus trabalhos, com a realização de programas sexuais e a venda dos entorpecentes" e que, por conseguinte, havia de "se afastar a negativa do réu em Juízo, quando alegou a condição de mero usuário de drogas" (fl. 39).

É assente nesta Corte Superior de Justiça que, "se a confissão extrajudicial foi efetivamente utilizada para embasar a sentença condenatória, a atenuante da confissão espontânea deve ser aplicada (art. 65, III, d, do CP), mesmo que posteriormente haja retratação em juízo. Precedentes citados: HC 39.870-MS, DJ 14/3/2005; HC 39.595-MS, DJ 7/3/2005, e HC 39.347-MS, DJ 1º/7/2005". (HC 68.010-MS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/3/2008). No mesmo sentido, confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) (3) CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. OCORRÊNCIA. RETRATADA EM JUÍZO. EFETIVA UTILIZAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE QUE SE FAZ IMPERATIVA. (...) (6) WRIT PREJUDICADO QUANTO AO REGIME E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.

(...)

3. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que haja retratação em juízo, quando o juiz se vale dela para formar seu convencimento.

(...)

6. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a atenuante da confissão espontânea e reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sentença e do acórdão.

(HC 221.449/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO DE FOLHAS DE CHEQUE EM BRANCO. AUSÊNCIA DE EXPRESSÃO ECONÔMICA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. FALTA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. REDUÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP.

1. A confissão realizada em sede policial quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, mesmo que posteriormente retratada em juízo, é suficiente para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, quando expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo gerar a compensação pretendida. Exegese do art. 67 do Código Penal. Precedentes da Quinta Turma.

3. Ordem concedida para, na parte referente ao delito de receptação, desconstituir o trânsito em julgado e determinar o trancamento da ação penal e, quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, para reconhecer e aplicar a atenuante do art. 65, III, d, do CP, em favor do paciente, reduzindo-se a pena a ele imposta para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidas as demais cominações do acórdão impugnado.

(HC 222.503/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 29/03/2012)

Assim, deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que, ocorrida na fase extrajudicial, haja retratação em juízo, quando o juiz se vale dela para formar seu convencimento.

Tem-se, assim, de rigor o reconhecimento, *in casu*, da atenuante da confissão espontânea.

Ademais, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea - que envolve a personalidade do agente - são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESCABIMENTO. TRÁFICO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. ERESP 1.154.752/RS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie, ressalvada a possibilidade da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

- A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento EREsp nº 1.154.752/RS, sedimentou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência. Em respeito à posição consolidada nesta Corte Superior, que tem entre suas principais funções o dever de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, deve ser concedida a ordem, de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao paciente para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão.

(HC 236.827/MS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 18/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. CONCURSO. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. TEMA CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.341.370/MT, aos 10/04/2013, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil), uniformizou o entendimento de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", ratificando a orientação firmada no julgamento dos EREsp nº 1.154.752/RS no sentido de que a aludida atenuante, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante mencionada.

2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar na via especial suposta violação à matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1391264/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014)

Quanto à causa especial de diminuição de pena, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa.

Na espécie, é inviável a aplicação da referida benesse, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto é reincidente.

Com efeito, 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. Na mesma senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO FIXADA EM 1/3 (UM TERÇO). PATENTE DESPROPORCIONALIDADE DO ACRÉSCIMO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA PRIMARIEDADE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EX OFFICIO.

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 constitucional, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão das competências do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratarem-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

(...)

4. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto.

5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para reduzir o aumento decorrente da reincidência à fração de 1/6 (um sexto), fixando a reprimenda definitiva do Paciente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

(HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Inviável o reconhecimento da minorante em questão quando evidenciado 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.

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 178.933/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 09/03/2011)

Passo, pois, à nova dosimetria:

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. Na segunda etapa da dosimetria, reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência, compensando-as. Na terceira fase, mantenho a pena em **6 anos de reclusão e 600 dias-multa**, ante a ausência de causas de diminuição e de aumento de pena, tornando-a definitiva.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, a insurgência não merece prosperar.

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

In casu, condenado o paciente à pena de 6 anos de reclusão, não se me afigura possível fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, por se tratar, como visto, de réu reincidente (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal). Nesta senda:

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

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

2. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, para um dos Pacientes, foi suficientemente fundamentada, tendo sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ante o exposto, **não conheço do writ. Concedo, entretanto, a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0041809.63.2013.8.26.0050 para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0204834-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.693 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00418096320138260050 418096320138260050

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER DE CAMPOS E SOUZA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.