



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.134 - SP (2017/0178423-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSENILDO JOÃO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.
2. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade da droga envolvida na empreitada criminosa – 48,878 kg de maconha – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
3. Tratando-se de réu reincidente, inviável a concessão da benesse prevista no 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".
4. Não há falar em *bis in idem* em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.
5. Fixada a reprimenda corporal em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.
6. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 05 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.134 - SP (2017/0178423-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSENILDO JOÃO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSENILDO JOÃO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0010458-04-2015).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa:

(...)

Reincidente (fls. 124), inaplicável o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, pois não satisfeitas as condições elencadas.

Certa a autoria, a materialidade vem bem demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 15/16, auto de constatação provisória de fls. 18, laudo químico-toxicológico de fls. 63/65 e demais provas dos autos.

Passo à dosagem da pena.

O réu é reincidente e transportava expressiva quantidade de maconha (quase cinquenta quilogramas), de modo que fixo sua pena base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Pela reincidência (fls. 124), acresço-a de 1/6 (um sexto).

Inaplicável o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, por conta de sua reincidência e ostentar condenação, confirmada em segunda instância, em data posterior aos fatos, pelo crime de tráfico.

Afastadas quaisquer causas de aumento ou de diminuição de pena, definitiva em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Em razão da reincidência do réu, quantidade da pena e da expressiva quantidade de drogas apreendidas, fixo o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda. Deixo de aplicar a detração autorizada pelo artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, por não haver cumprido preventivamente tempo suficiente de prisão para progressão de regime (fls. 18/19).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem negou provimento, nos seguintes termos, no que pertinente ao objeto do presente remédio heroico:

Pena e Regime Prisional:

A pena foi corretamente aplicada e resta, pois, mantida. Foi ela fixada um sexto (1/6) acima do mínimo legal, tendo em vista a grande quantidade de entorpecente apreendido.

Na segunda fase, foi acrescida em mais um sexto (1/6), em decorrência de sua comprovada reincidência, conforme certidão cartorária de fls. 124.

Na derradeira, realmente o réu não faz jus à aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, tendo em vista se tratar de réu reincidente e, ainda, a enorme quantidade de droga, o que indica que Josenildo dedica-se às atividades criminosas.

Neste ponto, não há de se falar na ocorrência de "bis in idem", uma vez que, como já decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal.

(...)

O regime prisional inicial fechado foi fixado com absoluto acerto, não só por previsão legal - artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 - como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social. Tanto é que o delito é equiparado aos hediondos.

O crime de tráfico de entorpecentes é equiparado aos delitos hediondos, portanto os mais graves dentre os elencados no Código Penal e em Leis Especiais.

Logo, soa, no mínimo, incongruente a fixação de regime diverso do fechado para o crime de tráfico de drogas.

Há, como é de sabença, crimes graves, mas que não são tidos como hediondos, como, por exemplo, o de roubo agravado, o de homicídio simples, dentre outros. Mesmo o tráfico de drogas, considerado o § 4º, do artigo 33 da respectiva Lei Especial, é, sem dúvida, crime grave.

Mas há os considerados hediondos.

Hediondo quer significar horrendo, gravíssimo, repulsivo, absolutamente intolerável.

Ora, sendo assim, como aplicar-se para um crime hediondo, como o tráfico de entorpecentes, regime que não o inicial fechado?

O traficante, perante a lei penal tal como está em vigor, é tido como um pária da sociedade, que destrói, não só a saúde das pessoas, especialmente a dos jovens, deixando muitos deles incapacitados para estudar ou mesmo trabalhar, pois é sabido que a cocaína e o "crack", por exemplo, além de causarem dependência, destroem os neurônios, como ainda arrasam os patrimônios das famílias, com gastos desmesurados com tratamentos e internações, e o que é pior: com mínimas chances de recuperação.

Bem por isso que se trata de crime hediondo.

A sociedade não tolera o traficante, não podendo o Poder Judiciário fazer ouvidos moucos ao clamor social.

O legislador, com a edição da Lei nº 11.343/06, passou a punir o tráfico de forma mais severa exatamente porque o Poder Legislativo percebeu, sentiu que o tecido social estava se esgarçando cada vez mais e que os valores deveriam ser preservados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Uma sociedade repleta de viciados e dependentes é uma sociedade que caminha a passos largos para sua própria destruição com o prejuízo de todos, menos dos traficantes que, com o dinheiro e patrimônio amealhados de forma criminosa, poderão deixar o País e mudarem-se para outros lugares, onde, com certeza, passarão a destroçar outras sociedades, outras inúmeras famílias.

Em suma, a sociedade e o Brasil como um todo é o que menos os preocupa.

O Poder Judiciário tem que, igualmente, dar o exemplo, tal como procedeu o Legislativo.

Bem por isso que a substituição por restritivas de direito é absolutamente inadmissível.

Como aplicar ao traficante, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade se ele, exatamente, não presta serviço social algum. Ao contrário, só destrói a sociedade em que ele vive!

O tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime equiparado aos hediondos, não admite a pretendida substituição. Tanto é que a lei penal até previa o regime inicial fechado, numa demonstração de que se trata de crime gravíssimo.

Mas, mesmo que, em alguns casos, possa não ser mais considerado hediondo, ainda assim o crime de tráfico é sempre muito grave, comportando, dessarte, o regime inicial fechado. Em liberdade, ou mesmo em regime prisional mais ameno, especialmente o aberto, óbvio que o agente irá continuar exercendo o nefando comércio. Nem a mais ingênua das pessoas iria acreditar no contrário!

Eventual detração penal ou progressão de regime é matéria que deve ser enfrentada, oportunamente, e em sede própria, ou seja, perante o Juízo das Execuções Criminais.

Dessarte, nega-se provimento ao apelo, restando mantida, integralmente, a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, aqui também adotados, e, ainda, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 44/49).

Nas razões do *writ*, o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como afirma que não são idôneos os fundamentos adotados para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e que, com a incidência de mencionada redutora, mostra-se adequada fixação do regime prisional semiaberto.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida às fls. 54/56.

Foram prestadas informações às fls. 62/74.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Oswaldo José Barbosa Silva, pela "concessão parcial da ordem, no sentido de que se proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (fls. 76/84).
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.134 - SP (2017/0178423-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.
2. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade da droga envolvida na empreitada criminosa – 48,878 kg de maconha – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
3. Tratando-se de réu reincidente, inviável a concessão da benesse prevista no 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".
4. Não há falar em *bis in idem* em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.
5. Fixada a reprimenda corporal em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.
6. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A título ilustrativo, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Colegiado estadual acerca da dosimetria da pena do paciente:

A pena foi corretamente aplicada e resta, pois, mantida. Foi ela fixada um sexto (1/6) acima do mínimo legal, tendo em vista a grande quantidade de entorpecente apreendido.

Na segunda fase, foi acrescida em mais um sexto (1/6), em decorrência de sua comprovada reincidência, conforme certidão cartorária de fls. 124.

Na derradeira, realmente o réu não faz jus à aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, tendo em vista se tratar de réu reincidente e, ainda, a enorme quantidade de droga, o que indica que Josenildo dedica-se às atividades criminosas.

Neste ponto, não há de se falar na ocorrência de "bis in idem", uma vez que, como já decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal (fls. 44/45).

Verifica-se, dessarte, que foram adotados elementos concretos para justificar a primeira fase da dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade da droga envolvida na empreitada criminosa – 49,878 kg de maconha (fl. 14) –, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina 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, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração a expressiva quantidade do entorpecente apreendido, não se vislumbra manifesta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal a ensejar a concessão da ordem, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.]

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.447/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, atenta a legislação de regência, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis a diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e crack), o que não se mostra desproporcional.

4. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.489/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a invocação da quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.967/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

No tocante à causa especial de diminuição de pena, impende destacar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Na espécie, verifica-se a impossibilidade de aplicação da referida causa especial de redução de pena ante o não preenchimento dos requisitos legais para sua concessão, em razão da reincidência do paciente. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA ETAPA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO

(...)

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchidos os requisitos legais.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 363.761/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4 requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, a reincidência do réu afasta, de plano, a concessão do benefício.

(...)

(HC 363.328/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. A negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente 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. Habeas corpus não conhecido.

(HC 360.082/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016)

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 33.

(...)

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

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

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

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. SÚMULA 444 DO STJ. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POSSE DE ARMA. APENAMENTO AUTÔNOMO. BIN IN IDEM. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. CONCURSO MATERIAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

7. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes.

8. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem haver falar em bis in idem. Precedentes.

9. Não se verifica, na hipótese, o suposto reforço de argumentativo trazido pela Corte de origem para manter afastada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois, tanto em primeiro grau, quanto em segundo, foi considerada a reincidência do paciente para negar o referido benefício.

(...)

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena-base pelo delito de tráfico de drogas, resultando a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitiva em 6 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, mantido o regime fechado

(HC 390.454/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 11/05/2017)

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA USO PRÓPRIO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

(...)

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

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

2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*.

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 557.934/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 10/05/2017)

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

(...)

5. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.

(...)

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, escoreita a eleição do regime inicial fechado, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

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, fixada a reprimenda corporal em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (...) REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE, COM ANÁLISE NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, CONDENADO A PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

6. O paciente não faz jus a regime diverso do fechado, pois trata-se de réu reincidente, com análise desfavorável das circunstâncias judiciais e foi condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 319.653/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. POSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

5. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a reincidência e presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.763/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS (...) REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

9. Mantido o quantum da reprimenda imposta (5 anos e 10 meses de reclusão), e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar o bis in idem pelo agravamento da pena, na primeira e na segunda etapa da dosimetria, em razão da reincidência, mantidos a pena e o regime fixado.

(HC 365.964/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 09/11/2016)

Tem-se, portanto, que a impetração não merece prosperar.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0178423-9

HC 409.134 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00104580420158260050 104580420158260050 3762016

EM MESA

JULGADO: 05/09/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSENILDO JOÃO DOS SANTOS (PRESO)

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, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.