



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.184 - SP (2017/0013978-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO DE SOUZA KOTAKE - SP298011
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVIDSON JOSE DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *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. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.
3. Assentado pelo Tribunal de origem que o paciente cumpriu pena anteriormente imposta pelo delito de tráfico de drogas em 31/07/2014, e a folha de antecedentes certifica o transito em julgado em 24/06/2013, tal condenação está apta a caracterizar a agravante da reincidência, uma vez que o delito em apreço foi praticado em 2/11/2015.
4. 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.
5. Reconhecida a reincidência do paciente, não se admite a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes.
6. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do paciente, 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).
7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.184 - SP (2017/0013978-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO DE SOUZA KOTAKE - SP298011
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVIDSON JOSE DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **DAVIDSON JOSE DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, sustenta a impetrante manifesta ilegalidade na dosimetria da pena, sob o argumento de que é indevido o aumento pelo reconhecimento da reincidência, quando não há na certidão a comprovação do trânsito em julgado da sentença condenatória. Logo, defende que, não caracterizada a agravante da reincidência, o paciente tem direito à aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no grau máximo, sobretudo quando não elevada a quantidade de droga apreendida. Alega, por fim, ausência de fundamento válido para a imposição do regime mais grave, assim como para a negativa da permuta legal.

Requer, assim, o afastamento do aumento pela reincidência, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no grau máximo, a fixação do regime aberto ou semiaberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 368-370).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 279-305).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 309-312).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.184 - SP (2017/0013978-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO DE SOUZA KOTAKE - SP298011
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVIDSON JOSE DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *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. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

3. Assentado pelo Tribunal de origem que o paciente cumpriu pena anteriormente imposta pelo delito de tráfico de drogas em 31/07/2014, e a folha de antecedentes certifica o trânsito em julgado em 24/06/2013, tal condenação está apta a caracterizar a agravante da reincidência, uma vez que o delito em apreço foi praticado em 2/11/2015.

4. 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.

5. Reconhecida a reincidência do paciente, não se admite a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes.

6. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do paciente, 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).

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Em primeiro grau, o Juiz sentenciante procedeu a individualização da pena nos seguintes termos:

[...] Não é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do Art. 33 da novel Lei de Tóxicos, pois, o réu é reincidente.

Passo a dosar a pena.

19.) Observando as diretrizes do artigo 59 e 68, do Código Penal e do Art.42 da Lei nº 11.343/06, passo a dosimetria da pena, analisando, isoladamente, cada uma das circunstâncias judiciais.

a) Culpabilidade: para o efeito do montante da pena, é a medida, o grau de reprovabilidade, a intensidade do dolo da conduta do agente, a qual considero ser regular, pelo que nenhum entendo que nenhum aumento é devido.

b) Antecedentes: são os fatos e episódios próximos e remotos da vida pregressa do agente, sendo que, no presente caso, trata-se de reincidente, o que será analisado na segunda fase de fixação da pena.

c) Conduta Social: é a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos), e no caso vertente verifica-se não haver nada que desabone conduta pregressa do réu, afora seus antecedentes.

d) Personalidade do Agente: e a síntese das qualidades morais do agente, bem como o seu perfil psicológico, e, no caso presente, não há elementos para a sua aferição.

e) Motivos do crime: são os precedentes psicológicos propulsores da conduta. No caso vertente, observa-se que não há elementos para a sua aferição.

f) Circunstâncias do crime: são todos os aspectos objetivos relevantes que se fazem presentes ao redor do fato e que influíram na sua prática, tais como clima, tempo, lugar e modo de execução. Nada a considerar.

g) Consequências do crime: dizem respeito à extensão do dano produzido pelo delito. No caso vertente, observa-se que os atos trouxeram somente as consequências regulares de um tráfico de entorpecente.

19.1.) Desse modo, considerando-se as circunstâncias analisadas, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. unidade igual a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

20.) Agravantes e atenuantes: em face da reincidência do réu (fls. 61/66 e 9/100), aumento a pena cm 1/6 , para fixá-la em 05 anos e 10 meses de reclusão, c 583 dias-multa.

21.)Causas de aumento e diminuição de pena: inexistentes.

22.) Destarte, ausentes outras atenuantes ou agravantes e outras causas de diminuição ou aumento de pena a se aplicar, fixo a pena do réu DAVIDSON JOSÉ DA SILVA em 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, calculados na forma acima, tornando-a definitiva." (e-STJ, fls. 161-162).

A Corte de origem, por sua vez, manteve a individualização da pena feita na sentença, em decisão assim motivada:

As penas não comportam reparo. As bases foram estabelecidas no mínimo e, pela reincidência, a sanção foi majorada de 1/6, perfazendo 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa (mínimo legal). A reincidência, ao contrário do que alega a defesa, restou plenamente comprovada nos autos. A folha de antecedentes aponta a condenação por tráfico, cuja pena foi extinta pelo cumprimento (folhas 65), o que também é atestado pela certidão da Vara das Execuções Criminais da Comarca (folhas 99). Daí porque, sendo o réu reincidente (pela prática de outro crime de tráfico) não era mesmo caso de redução da pena nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Isso porque o preceito admite atenuação da pena para réus, ainda que primários, que não ostentem periculosidade maior. E o acusado, que é reincidente, revela acentuada periculosidade, na medida em que trazia consigo quantidade razoável de cocaína, que pretendia disseminar na sociedade. Está claro o vínculo do acusado com o tráfico. Na aplicação do preceito o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena." (e-STJ, fls. 258-259).

Inicialmente, destaco que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Na hipótese, conforme assentado no acórdão impugnado, não procede a alegação da defesa de que a condenação definitiva registrada pelo paciente não estaria apta a caracterizar a agravante da reincidência.

Pela análise das folhas de antecedentes e certidões (e-STJ, fls. 77-82, 298/303, 115-116 e 304-305), verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, no processo n. 7001648-25.2012.8.26.0405. Em 09/05/2013, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e manteve a sentença condenatória.

Em 31/07/2014, foi declarada extinta a pena pelo seu cumprimento. E, conforme a folha de antecedentes juntadas às fls. 319, o Tribunal de origem informa que a decisão referente a tal condenação transitou em julgado em 24/06/2013. Logo, não há dúvida que praticado o delito em apreço em 2/11/2015, a referida condenação definitiva está apta a caracterizar a agravante da reincidência.

No tocante à causa especial de diminuição de pena, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Neste contexto, este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, tratando-se de réu reincidente, é incabível o reconhecimento do tráfico privilegiado, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

Nesse sentido:

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

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

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

- Por outro lado, a reincidência, seja específica ou não - tendo em vista que o legislador ordinário não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante -, é circunstância que configura óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, que exige, como um dos requisitos para a incidência do benefício da redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a primariedade (HC 301.693/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

- Hipótese em que, reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada *benesse*, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Ademais, as circunstâncias em que ocorreu o delito também indicam a dedicação às atividades criminosas. Precedentes.

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

- Apesar de o montante da sanção comportar o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso baseou-se na reincidência do acusado e na quantidade da droga apreendida, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 33, § 3º, do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 381.397/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe de 17/03/2017)

"[...]

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.

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.

CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO.

1. Embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos, é reincidente, valendo frisar, outrossim, que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não lhe foram consideradas favoráveis, motivo pelo qual é inviável a fixação de regime diverso do fechado para o resgate da sanção corporal. Precedentes.

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 360.552/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgamento em 22/11/2016, DJe de 30/11/2016)

Por fim, mantido o *quantum* da reprimenda em 5 anos e 10 meses de reclusão e verificada a reincidência do paciente, o regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do art. 33, § 2º, "a" e "b", do CP, sendo inviável, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0013978-3

HC 386.184 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00291566020158260405 20160000668897 291566020158260405

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO DE SOUZA KOTAKE - SP298011
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVIDSON JOSE DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.