



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.878 - SP (2016/0329777-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GLEIDSON GUEDES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO NA SEGUNDA FASE. CRITÉRIO DE ESCOLHA DA FRAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O ordenamento jurídico não estabelece um critério matemático para a majoração da pena, na segunda fase da dosimetria, tampouco as circunstâncias agravantes ou atenuantes denotam qualquer baliza objetiva nesse sentido. Apenas previu o legislador que a incidência daquelas hipóteses *sempre* alteraria a reprimenda, agravando-a ou atenuando-a.

Na hipótese, a instância ordinária demonstrou as razões do seu convencimento, ao exasperar a reprimenda em 1/5 (um quinto), naquele momento da elaboração do decreto condenatório, com fundamento na reincidência específica do réu.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.878 - SP (2016/0329777-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GLEIDSON GUEDES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de GLEIDSON GUEDES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0102597-09.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática dos delitos de resistência e tráfico de drogas (arts. 329, *caput*, do Código Penal, e 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* reduziu-lhe as reprimendas, respectivamente, para 2 meses de detenção, em regime inicial semiaberto; e 6 anos de reclusão, inicialmente no regime fechado. O acórdão restou assim ementado:

Tráfico de entorpecentes e resistência - Autoria e materialidade delitivas comprovadas pelos elementos constantes dos autos - Absolvição descabida - Circunstâncias que demonstram a dedicação ao comércio espúrio - Penas que demandam reparo - Réu reincidente específico quanto ao delito de tráfico - Compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea no que tange ao crime de resistência – Início de cumprimento em regência fechada para o crime de tráfico e semiaberto para o de resistência - Apelo provido em parte (fl. 24).

A Defensoria Pública alega constrangimento ilegal em face da excessiva fração utilizada para exasperar a pena, na segunda fase da dosimetria.

Sem pedido liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido e, subsidiariamente, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RESP. TRÁFICO DE DROGAS E RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. ATENUAÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM (fl. 46).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.878 - SP (2016/0329777-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a controvérsia diz respeito à fração utilizada para exasperar a pena, na segunda fase da dosimetria. Quanto ao tema, confira-se fragmento da decisão de segundo grau, no que interessa:

[...]

A pena-base pelo crime de tráfico foi corretamente fixada no mínimo legal [05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa]. Vale dizer, a quantidade e diversidade das drogas constrictas não ultrapassou o ordinário à espécie.

A seguir, por força da condenação estampada a fls. 13/15 do apenso respectivo (outra condenação por tráfico de entorpecentes), mais justo e sensato o incremento na fração de 1/5 (um quinto), e não de 1/3 (um terço), como feito na origem, a culminar em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso.

Igual motivo desaconselhou a redução trazida pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, a ser destinado ao chamado praticante eventual, algo que não se afina com a hipótese presente.

E diante da potencialidade da droga constricta, destacando-se a lesividade da cocaína e de seu potente derivado, conhecido "crack", cujos efeitos são devastadores e seu consumo cria rápida dependência, circunstâncias que preponderam sobre aquelas estabelecidas pelo diploma penal substantivo, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, mantém-se o regime fechado ao início do cumprimento, até porque reincidente - e específico -, como considerado.

E dado o quantum imposto, descabida a imposição de pena alternativa.

No que toca ao delito de resistência, inexistente razão para lamúrias no atinente à fixação da reprimenda, uma vez que estabelecida no assoalho da cominação [02 (dois) meses de detenção].

Na sequência, cumpre compensar a reincidência do réu com a atenuante da confissão espontânea, conforme entendimento adotado por esta E. Câmara:

[...]

Assim, a pena retrocede ao assoalho da cominação: 02 (dois) meses de detenção.

Por fim, aplicou-se escorreitamente o concurso material de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes, devendo ser observado, quando da execução, a soma daquelas relativas ao Código Penal, art. 329, caput - que atingem 02 meses de detenção - pois, a teor do disposto no art. 69, caput, parte final, do referido codex, no caso de aplicação cumulativa de penas reclusiva e detentiva, como na hipótese, não se opera adição, porque o cumprimento se dá de forma separada: primeiro, aquela, e depois, esta, o que se impediria quando indevidamente cumuladas, porque de naturezas diversas; justamente por isso, bem estabelecida a modalidade prisional semiaberta (CP, art. 33, caput, parte final).

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para reajustar as penas impostas ao réu pelos delitos tipificado no art. 33, caput, da Lei de Drogas e art. 329, caput, do Código Penal, fixando-as, respectivamente, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso legal, e 02 (dois) meses de detenção, mantida, no mais, a r. sentença, por seus fundamentos (fls. 27/29).

O ordenamento jurídico não estabelece um critério matemático para a majoração da pena, na segunda fase da dosimetria, tampouco as circunstâncias agravantes ou atenuantes denotam qualquer baliza objetiva nesse sentido. Apenas previu o legislador que a incidência daquelas hipóteses *sempre* alteraria a reprimenda, agravando-a ou atenuando-a.

Nessa ordem de ideias, não vislumbro constrangimento ilegal, passível de concessão da ordem, de ofício, uma vez que a instância ordinária demonstrou as razões do seu convencimento, ao exasperar a reprimenda em 1/5 (um quinto), naquele momento da elaboração do decreto condenatório, com fundamento na reincidência específica do réu.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados de ambas as Turmas que julgam matéria penal nesta Corte:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 PELA RECIDIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

4. *Hipótese na qual a pena foi exasperada em fração superior a 1/6 na segunda fase da dosimetria, por ser o réu duplamente reincidente específico, sem que se possa falar em violação dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.*

[...]

7. *Writ não conhecido (HC 364.656/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/11/2016).*

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

[...]

AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. AGENTE REINCIDENTE NO MESMO TIPO DE CRIME E EM OUTROS DELITOS. PROPORCIONALIDADE ENTRE A FRAÇÃO ESCOLHIDA E A MOTIVAÇÃO APRESENTADA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. *O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.*

2. *Verificando-se que o paciente é reincidente específico e possui em seu desfavor outras duas condenações anteriores definitivas por roubo e furto, mostra-se proporcional a escolha da fração de 1/4 (um quarto) para o aumento de pena na segunda etapa da dosimetria, pelo reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP.*

[...]

3. *Habeas corpus parcialmente conhecido, e, nessa extensão, denegada a ordem (HC 214.527/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 21/9/2012).*

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. EMENDATIO LIBELLI. MUDANÇA DA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AGRAVANTES. ART. 62, INCISO IV DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE NO AUMENTO. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/1976, REVOGAÇÃO PELA LEI 11.343/2006. ABOLITIO CRIMINIS. RECONHECIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. QUATRO INFRAÇÕES. PERCENTUAL MÁXIMO. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. PROGRESSÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME. REQUISITO OBJETIVO. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. LEI N.º 11.464/07. APLICAÇÃO RETROATIVA. LEI PENAL MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONCEDIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. O Código Penal não estabelece percentuais mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. No caso, as instâncias ordinárias aumentaram a pena em menos de 1/4 (um quarto) em razão da reincidência específica do Paciente, patamar que não se mostra flagrantemente desproporcional ou desarrazoado.

[...]

9. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto, para readequar a pena privativa de liberdade imposta ao Paciente e para determinar que a progressão de regime observe o disposto no art. 112 da Lei de Execuções Penais. Habeas corpus concedido, de ofício, para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/1976 (HC 115.902/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28.4.2011).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGADO EXAGERO NO AUMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA FASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO ADEQUADA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há ilegalidade no aumento da pena em 1/4 (um quarto) em razão da reincidência específica, pois a motivação da sentença condenatória mostra-se proporcional e adequada ao caso.

2. A necessidade de apreensão da arma de fogo, para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n.º 174 deste Sodalício.

3. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física, não devendo incidir a causa de aumento.

4. Ordem concedida em parte, para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, reduzindo a pena privativa de liberdade e a de multa, mantidos os demais termos do acórdão (HC 114558/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 6/9/2010).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0329777-8

HC 382.878 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0102597092014 01025970920148260050 102597092014 1025970920148260050 20152014
20160000629742

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GLEIDSON GUEDES DOS SANTOS (PRESO)

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

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.