



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.039 - SP (2016/0178879-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO TEIXEIRA FONSECA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL AUTORIZANDO O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. No caso, além de haver nos autos evidências de que o pai do réu teria autorizado o ingresso dos policiais na residência, ele foi acusado de praticar o crime de tráfico nas modalidades vender e guardar substâncias entorpecentes, estando-se diante de ilícito de natureza permanente, o que legitima a medida adotada.

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*.

CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.039 - SP (2016/0178879-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO TEIXEIRA FONSECA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FABIANO TEIXEIRA FONSECA, apontando como autoridade coatora a 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0000558-44.2015.8.26.0196.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido parcialmente provido para reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Sustenta o impetrante que a busca e apreensão efetuada na residência do acusado teria sido realizada sem mandado judicial, em violação à inviolabilidade de seu domicílio, o que ensejaria a anulação da ação penal.

Entende que as provas decorrentes da ação policial seriam nulas, motivo pelo qual não haveria suporte probatório para o oferecimento de denúncia.

Alega que a reincidência não poderia obstar a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, tampouco para justificar a imposição de regime prisional mais severo, pois já teria sido utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

Requer a concessão da ordem para que a ação penal seja anulada desde o início ou, subsidiariamente, para que o paciente seja imediatamente transferido para o regime semiaberto ou aberto, reconhecendo-se o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 51/52.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 62/63 e 92/93), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 127/135, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.039 - SP (2016/0178879-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, que a ação penal seja anulada desde o início, ou que o paciente seja colocado em regime prisional menos gravoso, bem como para que seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Segundo consta da denúncia, o paciente teria vendido e guardado 24,6 gramas de cocaína na forma de crack, em um total de 63 (sessenta e três) porções, com o fim de disseminação a terceiros, em desacordo com determinação legal e regulamentar (e-STJ fl. 18).

Policiais militares em patrulhamento avistaram o momento em que o réu teria entregue 2 (duas) pedras de crack à testemunha José Reinaldo Máximo dos Santos, que, com a aproximação da viatura, colocou a droga na boca, tendo-se apurado que a substância entorpecente teria sido vendida pelo valor de R\$ 20,00 (vinte reais).

Os agentes indagaram ao acusado se havia drogas no interior de seu domicílio, o que ele negou, tendo os milicianos, com a autorização do pai do increpado, realizado buscas na residência, ocasião em que localizaram, no interior do seu quarto, em cima de uma estante, dentro de uma caixa de sapato, mais 61 (sessenta e uma) pedras de crack, já embaladas para venda (e-STJ fls. 18/19).

Feitos tais esclarecimentos acerca dos fatos que ensejaram a prisão em flagrante do paciente, não se verifica qualquer irregularidade no fato de os policiais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haverem ingressado na residência em que se encontravam sem a prévia expedição de mandado de busca e apreensão.

Isso porque, além de haver nos autos evidências de que o pai do réu teria autorizado o ingresso dos policiais na residência (e-STJ fl. 21), ele foi acusado de praticar o crime de tráfico nas modalidades vender e guardar substâncias entorpecentes (e-STJ fl. 18), estando-se diante de ilícito de natureza permanente.

A respeito da classificação da infração penal prevista no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, na forma assestada ao paciente, eis a lição de Guilherme de Souza Nucci:

"Classificação: comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na efetiva lesão à saúde de alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneo (a consumação se dá em momento determinado) nas formas importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, fornecer, prescrever, ministrar e entregar, ou permanente (a consumação se arrasta no tempo) nas formas expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar; de perigo abstrato (não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); unissubsistente (cometido por intermédio de vários atos); admite tentativa na forma plurissubsistente, embora de difícil configuração." (Leis Penais e Processuais Comentadas. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 317).

Ora, nas infrações penais permanentes a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, que preceitua que "*nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*".

A desnecessidade de mandado de busca e apreensão quando se trata de situação de flagrante delito é amplamente admitida pela doutrina:

"Não há dúvida, assim, de que a busca domiciliar deve ser precedida da expedição de mandado, quando a autoridade policial ou judiciária não a realizar, pessoalmente, consoante a disciplina do art. 241 do Código de Processo Penal. No entanto, a desobediência a este preceito legal, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que poderia caracterizar ilicitude da prova, tem sido entendida pela jurisprudência pátria com acerto, como mera irregularidade, que não chega a invalidar a prova da existência do delito, mormente quando se está diante do delito permanente como é v.g., o delito de tráfico de entorpecentes, possível, pois, a prisão em flagrante do proprietário da droga enquanto não cessada a permanência do delito." (Fábio Aguiar Munhoz Soares. Prova ilícita no processo. De acordo com a Nova Reforma do Código de Processo Penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 94.)

Eugênio Pacelli, no mesmo diapasão, ao dissertar sobre o aproveitamento da prova com exclusão da ilicitude, consigna que:

"A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de flagrante delito.

E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante a situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo seu proprietário, qualquer pessoa do povo está autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio, etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo.

Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo, o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito).

À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade do domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade, à privacidade, por exemplo).

Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional." (Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317/318).

Idêntica orientação é extraída da jurisprudência desta Corte Superior de

Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. (...) NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE. CRIME PERMANENTE. PRECEDENTES DO STJ. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. O tráfico ilícito de entorpecentes é crime permanente, estando em flagrante aquele que o pratica em sua residência, ainda que na modalidade de guardar ou ter em depósito, sendo, portanto, absolutamente legítima a entrada de policiais para fazer cessar a prática do delito, independentemente, portanto, de mandado judicial.

(...)

8. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 307.156/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E NULIDADE DAS PROVAS APREENHIDAS. IMPROCEDÊNCIA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PRESCINDÍVEL. (...) ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Não há nulidade e ilegalidade na apreensão da droga, porquanto, sendo o tráfico ilícito de entorpecentes crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, é prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem no domicílio do acusado, com o intuito de reprimir e fazer cessar a prática delituosa. Precedentes.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva dos pacientes, salvo se por outro motivo estiverem presos, sem prejuízo de que seja novamente decretada, de forma fundamentada, ou aplicada medida cautelar diversa da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal - CPP. (HC 317.810/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 01/06/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Merecem menção, ainda, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. (...) Ilícitude das provas recolhidas na residência do paciente, dada a inexistência de mandado de busca e apreensão para tanto. Desnecessidade. Situação de flagrância em crime permanente. Precedentes. Ordem denegada. (...) 3. Consoante o entendimento da Corte, “[é] dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (RHC nº 121.419/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17/10/14). 4. Ordem denegada. (HC 127457, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015)

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO. RECURSO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. DISPENSABILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PRECEDENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. II – Não há falar em incompetência do Juízo que determinou os mandados de busca e apreensão ante a ausência do nexo de causalidade entre as armas encontradas e os mandados de busca e apreensão ora impugnados. III – É orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Precedente. IV – Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 121419, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 16-10-2014 PUBLIC 17-10-2014)

Aliás, a questão foi recentemente pacificada pelo Excelso Pretório em recurso submetido ao regime de repercussão geral, ocasião em que se fixou a compreensão de que a entrada forçada em domicílio é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

No que se refere à almejada incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, verifica-se que a Corte Estadual manteve a negativa da benesse "mercê da comprovada condição de reincidente do acusado", salientando que "nem é a hipótese de se falar em eventual bis in idem entre o reconhecimento da reincidência e a negativa do redutor, pois o citado benefício só engloba os agentes primários, com bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas e nem integrem organização criminosa", tratando-se, assim, de "expressa vedação legal" (e-STJ fls. 115/116).

Como se sabe, o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 dispõe que, nos casos de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique à atividades criminosas e não integre organização criminosa.

Na espécie, como visto, a reincidência do paciente obstou a aplicação da aludida causa de diminuição de pena em referência, entendimento que se encontra em consonância com a jurisprudência pacífica deste Sodalício sobre o tema.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. (...) AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

5. 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.

6. Reconhecida a reincidência do paciente, torna-se incabível 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.

(...)

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC 309.735/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016)

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. (...) ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. As instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 356.870/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

Quanto ao ponto, é imperioso salientar que 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*, conforme vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...) DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

5. É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem (HC 305.104/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016). Precedentes.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.421/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. REQUISITOS OBJETIVOS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. 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. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido destacou que o apelante, além de possuir maus antecedentes, também ostenta a condição de reincidente, o que afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 238.359/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

Finalmente, é inviável a fixação de regime diverso do fechado para o resgate da sanção corporal.

É que 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.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. (...) DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

4. Se o paciente possuía condenações definitivas em três ações penais distintas, é possível que duas delas sejam utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena, como maus antecedentes, sem prejuízo da configuração da reincidência. Precedentes.

5. Tratando-se de sanção definitiva de 7 anos e 7 meses de reclusão, e diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência, adequada a fixação do regime prisional fechado.

6. Writ não conhecido.

(HC 326.871/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. (...) REGIME PRISIONAL FECHADO. PACIENTE REINCENTE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- No caso, o regime inicial fechado justifica-se pela presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do paciente, condenado à pena superior a 4 anos.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 325.373/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCENTE. MODO DE CUMPRIMENTO DE PENA ADEQUADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

3. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e repressão do delito, tendo em vista a múltipla reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 324.591/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016)

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0178879-3

HC 362.039 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005584420158260196 1712015 5584420158260196

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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	: MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABIANO TEIXEIRA FONSECA (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 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.