



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.319 - SP (2009/0192716-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDER MURY NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. APONTAMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, a instância ordinária verificou que o paciente possui maus antecedentes.

3. Ademais, "O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de abolitio criminis ou de infração penal sui generis, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007). Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência." (HC 113.645/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 22/11/2010).

4. Não há que se falar em *bis in idem* 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. É que a reincidência, além de agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei. Entre eles, a não aplicação da referida causa de diminuição de pena. Precedentes.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Dr(a). RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO, pela parte
PACIENTE: SANDER MURY NETO

Brasília, 18 de outubro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.319 - SP (2009/0192716-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Sander Mury Neto, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Em **6.9.2007**, o réu foi preso em flagrante mantendo em depósito (guarda-roupa de sua casa) **12,3 g de haxixe e 16,8 g de maconha**, dentre outros objetos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, a ser cumprida inicialmente em **regime fechado**, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06**, entendendo impossível a desclassificação para o crime de porte de tóxico.

Enfatizou, quando da dosimetria da pena que:

A Lei 11.343/2006 descriminalizou o porte de entorpecentes. A referida infração penal não são mais cumuladas, cumulativa ou alternativamente com multa, penas de reclusão e de detenção. Por conseguinte, nos termos do artigo 1º do Decreto Lei 3.914/41, a posse de entorpecente para uso próprio não é crime. Tratando-se de infração penal sui generis, ela não induz reincidência, tal como definida pelo artigo 63, CP. Contudo, ela caracteriza mau antecedente.

Busca no *writ* a redução da sanção no mínimo legal e, ainda, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que não ostenta maus antecedentes.

Sustenta, para tanto, que o crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 – adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar – é incapaz de gerar reincidência, uma vez que a mesma conduta teria sido despenalizada pelo art. 28 da Lei 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Liminar indeferida à e-fl. 47 e informações prestadas às e-fls. 58/81.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONDENAÇÃO ANTERIOR NAS PENAS DO ART. 16 DA LEI Nº 6.368/76. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL. NOVA LEI DE DROGAS. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME. CÔMPUTO PARA EFEITO DE MAUS ANTECEDENTES OU REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

- 1. O art. 28 da Lei nº 11.343/06 não descriminalizou e tampouco despenalizou, no sentido técnico do termo, a conduta de porte de substância entorpecente para uso próprio. A substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, por si só, não tem o condão de descaracterizar o caráter delituoso da conduta.*
- 2. Condenação anterior nas penas do art. 16 da Lei nº 6.368/76 por porte de substância entorpecente para uso próprio pode ser computada para efeito de maus antecedentes e reincidência.*
- 3. Parecer pela denegação da ordem.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.319 - SP (2009/0192716-1)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): A ordem não comporta concessão.

Com efeito, segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

No caso ora em análise, a instância ordinária afastou a incidência da benesse legal, por verificar que o paciente ostentaria antecedentes desabonadores. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado.

Em casos análogos, esta Casa de Justiça vem assim decidindo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES.

(...)

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

(HC 167.602/SP, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ e de 9.3.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL.

1. Embora não possa caracterizar reincidência - a teor do que disciplina o art. 64, I, do Código Penal -, condenação definitiva com lapso temporal superior a 5 (cinco) anos se presta para a depreciação dos antecedentes. Precedentes.

2. Os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, são: ser o réu primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, tampouco integrar organização desse gênero.

3. Reconhecida a existência de maus antecedentes, afastada está a aplicação da referida minorante.

(HC 178.019/SP, **Sexta Turma**, de minha relatoria, DJ e de 14.3.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (...). REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO. CERTIDÃO. IDONEIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. (...)

V - Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, ostente bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

VI – Réu que apresenta maus antecedentes, condição que impede a aplicação da referida causa de diminuição.

(HC 107.274/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25.4.2011)

Ademais, "O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de abolitio criminis ou de infração penal sui generis, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007). **Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência.**" (HC 113.645/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 22/11/2010).

Portanto, correto o reconhecimento do crime do art. 16 da Lei 6.368/76 para fins de reincidência e para impossibilitar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão da benesse aos que não sejam primários nem tenham bons antecedentes.

Não há que se falar em **bis in idem** 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É que a reincidência, além de agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei. Entre eles, a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU REINCENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.

1. O Paciente foi preso em flagrante, no dia 06 de outubro de 2009, quando trazia consigo, 2,8 g de "crack" dividido em 14 porções, destinadas ao comércio ilícito.

2. Não resta caracterizado bis in idem 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, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes.

Precedentes.

3. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

4. Ordem denegada.

(HC 203.818/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2011, DJe 8/9/2011)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUADRILHA ARMADA. CARÊNCIA DE PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não interpôs recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. No termos da jurisprudência desta Corte, não há que se falar em bis in idem na consideração da reincidência quando da fixação da pena-base e para fins de vedação da causa de diminuição de pena, pois se tratam de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em etapas distintas da dosimetria da pena.

IV. No tocante à absolvição do réu em relação ao delito de quadrilha armada, tal análise exigiria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento e, por consectário, inviável em sede de habeas corpus.

V. Via do writ que não se presta para a apreciação de questões que não versem acerca da violação à liberdade ambulatorial do indivíduo, não sendo adequada à análise da alegação da inconstitucionalidade da pena de multa cominada ao paciente.

VI. Não deve ser conhecido o writ por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

VII. Ordem não conhecida, nos termos do voto do Relator.

(HC 184.652/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 2/8/2011, DJe 17/8/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA DE MULTA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DO PACIENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.

1. A via do habeas corpus não se presta para a apreciação de questões que não digam respeito a eventual violação à liberdade de locomoção do indivíduo. Assim, como a pena de multa não poderá ser convertida em restrição à liberdade, a via eleita não se mostra adequada à apreciação da alegação de inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada para o delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

2. A reincidência, além de agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inexistência de bis in idem. Precedentes.

3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 158.716/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 3/5/2011, DJe 16/5/2011)

Pelo exposto, voto pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.319 - SP (2009/0192716-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDER MURY NETO

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sra. Presidente, em primeiro lugar, também quero cumprimentar o Subprocurador-Geral da República, que comparece, pela primeira vez, nos nossos julgamentos, e cumprimentar o Advogado pela sustentação oral.

Acho que a matéria é muito instigante, os argumentos são bons, mas ainda fico com a posição do Sr. Ministro Relator.

Sem querer polemizar, apenas trazendo alguns dados: foi dito que o art. 28 seria um artigo discriminador - contrapondo, o Sr. Ministro Relator disse que ele não descriminaliza, apenas atenua as penas; foi dito também que o art. 28 não gera, jamais, pena privativa de liberdade. Não sei se estou equivocado, mas, quando se fala em prestação de serviços à comunidade e essa prestação não é executada, transforma-se em pena privativa de liberdade. Em tese, esse artigo ainda prevê pena privativa de liberdade, ou estou equivocado?

Seja como for, entendo que o art. 28, conforme o Sr. Ministro Relator entendeu, realmente, ainda mantém a criminalização do uso, mesmo porque aqui se fala dos crimes e das penas. "Quem adquirir ... fica submetido às seguintes penas." Parece-me que a pena está sempre, pelo menos em termos criminais, vinculada a uma infração penal.

Mas, de qualquer forma, entendo que é matéria a ser melhor trabalhada, a ser amadurecida, discutida. Enfim, que essa tese defendida, com tanto ardor e, digo, brilho pelo ilustre defensor, não vá, amanhã ou depois, prevalecer.

No momento, ainda, permaneço na linha do entendimento do Sr. Ministro Relator.

Acompanho o voto de S. Exa., denegando a ordem de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0192716-1

HC 149.319 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5620120070429387 7212007 990080683527

EM MESA

JULGADO: 18/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDER MURY NETO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO, pela parte PACIENTE:
SANDER MURY NETO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.