



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.751 - RS (2014/0140984-9)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VALDISNEI ANTONIO BRITES MARQUES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N.º 11.343/06. INVERSÃO NA ORDEM DE QUEM FORMULA AS PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. AUMENTO FUNDAMENTADO. REGIME FECHADO. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B** E §3º DO CP. REINCIDÊNCIA. COMPATIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/08, determina que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos.

IV - Na linha de precedentes desta eg. Corte Superior, "*a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, constitui nulidade relativa" (HC 237.782/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

V - "*A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial*" (**enunciado 241 da súmula do STJ**).

VI - Na espécie, o paciente possuía mais de uma condenação transitada em julgado, sendo que uma foi utilizada para os maus antecedentes, e, a outra, como agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Desse modo, os maus antecedentes ostentados pelo paciente, a despeito da inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

VII - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, e reincidente (**precedentes**).

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.751 - RS (2014/0140984-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus**, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, em benefício de VALDISNEI ANTÔNIO BRITES MARQUES, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06, à pena de **8 (oito) anos de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial fechado, por trazer consigo, para fins de comércio, 11 (onze) tijolos de maconha (14,5g) e vinte e oito pedras de "crack" (7,1g).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação.

A col. Primeira Câmara Criminal do eg. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao apelo, mantendo incólume a r. sentença condenatória. Eis a ementa:

“TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PALAVRA DO POLICIAL. VALOR. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Afirma-se que os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. E, por uma questão lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Ora, não se imagina que, sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando uma pessoa inocente. Sua declaração, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, deve ser examinada apenas pelos elementos que contém. Confronta-se-a com as outras provas obtidas na instrução e até com qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. Aqui, em prova convincente, os policiais informaram que, desconfiados da atitude do recorrente que se encontrava em local usado para o tráfico, o abordaram e encontraram com ele entorpecentes que, pelas circunstâncias apuradas, aquelas drogas eram destinadas ao comércio.

DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime" (fl. 235).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante sustenta que o paciente sofre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal no seu **status libertatis**. Postula, para tanto, "*a cassação do acórdão proferido pelo Colegiado a quo "de modo a anular o processo, ou, reduzir a pena, no seu patamar máximo, conceder o regime de cumprimento de pena mais brando ao ora paciente, afastando a reincidência e a pena de multa, por ser medida de direito e de justiça"*. Nesse passo, defende: **a)** a ocorrência de nulidade por ofensa ao art. 212, do CPP; **b)** o redimensionamento da pena-base; **c)** a incidência, pelo órgão julgador, em indevido **bis in idem**, eis que fez dupla referência aos antecedentes criminais do paciente; **d)** a fixação de regime mais brando.

A liminar foi indeferida às fls. 222-223.

Informações prestadas às fls. 232-261.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, ou, subsidiariamente, pela **denegação da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.751 - RS (2014/0140984-9)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N.º 11.343/06. INVERSÃO NA ORDEM DE QUEM FORMULA AS PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. AUMENTO FUNDAMENTADO. REGIME FECHADO. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, **B** E §3º DO CP. REINCIDÊNCIA. COMPATIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/08, determina que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos.

IV - Na linha de precedentes desta eg. Corte Superior, "**a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa**" (HC 237.782/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

V - "**A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial**" (**enunciado 241 da súmula do STJ**).

VI - Na espécie, o paciente possuía mais de uma condenação transitada em julgado, sendo que uma foi utilizada para os maus antecedentes, e, a outra, como agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Desse modo, os maus antecedentes ostentados pelo paciente, a despeito da inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

VII - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, e reincidente (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Primeiramente, analisarei o pleito referente a eventual nulidade ocorrida em audiência de instrução e julgamento referente à inversão da ordem de inquirição de testemunhas, em desacordo com o comando disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal.

Para melhor delimitar a **quaestio**, veja-se o teor do mencionado dispositivo legal em comento, com redação dada pela Lei 11.690/08:

"Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O eg. Tribunal **a quo**, utilizando os mesmos fundamentos da r. sentença condenatória, houve por bem afastar a preliminar, consoante o excerto abaixo consignado:

"Como se verifica, o que prevê o dispositivo é que as perguntas das partes sejam formuladas diretamente à testemunha, mantendo o dever do juiz de não admitir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Logo, impõe a norma ao juiz o controle das perguntas formuladas pelas partes, indeferindo aquelas impertinentes.

[...]

Dessa forma, atribuiu a lei ao juiz o poder para, de ofício, determinar a produção de provas que considerar relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, no curso dessa e antes da sentença.

Evidente que, nesse contexto, ao estabelecer, na ouvida das testemunhas, a inquirição direta pelas partes, com a possibilidade, ainda, de, ao final, complementar o juiz a inquirição sobre pontos que, porventura, ainda não tenham sido esclarecidos, não retirou o art. 212 do Código de Processo Penal do juiz a possibilidade de, no início da inquirição, fazer à testemunha os questionamentos que entender primordiais.

Por conseguinte, não pode ser interpretada a norma do art. 212 isoladamente, levando a equívoco, mas, ao contrário, deve sê-lo sistematicamente, inclusive, com as demais alterações realizadas no Código de Processo Penal (fls. 137-138).

Pois bem. Tenho que, **in casu**, o v. acórdão reprochado não merece censura.

Compulsando os autos, verifico que, a despeito de o d. Magistrado haver iniciado a inquirição das testemunhas - seguido do Ministério Público e da defesa -, não houve ofensa ao disposto no art. 212, do CPP. É que, na linha da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a inversão na ordem prevista no art. 212, do CPP, é passível de nulidade relativa, devendo ficar demonstrada a efetiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu **in casu**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, **a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa.** Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Codex, não se procede à anulação do ato. No caso, não restou demonstrada, a partir dos documentos constantes dos autos, a ocorrência de prejuízo concreto à Paciente decorrente da pretensa nulidade.

[...]

6. Ordem de habeas corpus não conhecida (HC 237.782/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. NULIDADE. ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 212 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. Ainda que a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*), por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade real.

3. Mostra-se inviável anular o processo, por ofensa ao artigo 212 do Código de Processo Penal, quando verificado que a Corte de origem, em momento nenhum, atestou a existência de eventuais prejuízos concretos advindos da forma com que foi realizada a inquirição das testemunhas, sendo certo que, segundo entendimento consolidado neste Superior Tribunal, o simples advento de sentença condenatória não tem o condão, *per se*, de cristalizar o prejuízo indispensável para o reconhecimento da aventada nulidade.

[...]

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 6 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 676 dias-multa" (HC 229.410/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 28/8/2014).

"HABEAS CORPUS. ARTS. 316 e 288 DO CP. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SEGURANÇA JURÍDICA ORDEM CONCEDIDA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. Em anterior writ aqui impetrado, esta Corte Superior de Justiça reconheceu a eiva ora reclamada na mesma ação penal em tela, embora em ato distinto, considerando tratar-se de nulidade absoluta.

3. **Nos dias atuais, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça evoluiu para exigir que o reconhecimento da nulidade pela inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal seja precedida da sua arguição oportuna, bem como da comprovação do efetivo prejuízo suportado.**

[...]

5. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator" (HC 210.703/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 9/11/2011, grifei).

No tocante ao mérito, a impetrante requer o redimensionamento da pena-base em razão da ocorrência de **bis in idem**.

Veja-se que a reprimenda foi fixada pelo órgão julgador acima do mínimo legal, **verbis**:

"A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. A personalidade não evidencia anormalidade. Os antecedentes são negativos, ostentando o condenado outra condenação criminal transitada em julgado anteriormente ao presente fato pelo mesmo delito grave, além daquela que será considerada para efeito da agravante da reincidência. A conduta socai foi abonada. O motivo não ficou esclarecido. As circunstâncias e as conseqüências do crime não apresentam particularidades. Não há, na espécie, influência de comportamento de vítima.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, especialmente, dos maus antecedentes, fixo a pena-base em 06 anos de reclusão, que aumento, pela reincidência e sendo essa específica nesse mesmo delito grave, o que aumenta a sua reprovabilidade, em 02 anos, passando a 08 (oito) anos de reclusão, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras. A pena pecuniária vai fixada em 800 (oitocentos) dias-multa, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

época do fato, corrigida quando do pagamento".

Por análise dos autos, depreende-se, no que tange à relação entre maus antecedentes e reincidência, que não houve **bis in idem**. Vale dizer, não houve infringência ao disposto no enunciado 241 da súmula do STJ, a saber: *"a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial"*.

Consta dos autos que o paciente, de fato, possuía maus antecedentes, que embasaram o aumento da pena-base, e, também, era reincidente, fato que provocou a incidência da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Tais circunstâncias foram valoradas adequadamente, a primeira, no momento da fixação da pena-base e a segunda, quando do reconhecimento da reincidência do paciente.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.º. I E IV, C.C. ART. 29, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E ART. 14 DA LEI N.º 6.368/76, C.C. ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MAIS DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável seu conhecimento.

2. Não há falar em bis in idem, diante da consideração negativa dos antecedentes, bem como pela aplicação da agravante da reincidência, se existe mais de uma condenação com trânsito em julgado.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC 304.903/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 13/5/2015).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO COMPROVADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFIGURADO.

[...]

4. É cediço que, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência.

5. Alegação de valoração da mesma condenação em fases distintas na fixação da pena, o que acarretaria bis in idem, não comprovada.

6. Habeas corpus não conhecido" (HC 163.779/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/3/2015).

Desse modo, os maus antecedentes ostentados pelo paciente, a despeito da inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal.

Em relação ao pleito de fixação de regime mais brando, o pleito defensivo igualmente não merece guarida.

O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Portanto, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33 e do art. 59, ambos do Código Penal.

Assim, tendo em vista que a ora paciente é **reincidente**, não faz jus à fixação do regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal.

É assente nesta eg. Corte de Justiça a possibilidade de fixar regime mais severo aos condenados reincidentes que receberam pena acima de 4 (quatro) anos. Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA). INCREMENTO JUSTIFICADO. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (3) REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Fixada pena superior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento de pena.*

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão*" (HC 284941/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 16/9/2014, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. RÉU REINCIDENTE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. *A natureza e quantidade de entorpecente apreendido constituem fundamentos aptos a elevar a pena-base acima do mínimo legal, sobretudo no presente caso, em que foram apreendidas 85 pedras de crack, totalizando 12,77g da droga. Precedente.*

2. *Não há que se falar em incidência da Súmula 269/STJ, a justificar o regime semiaberto, porquanto, além de ser o réu reincidente, há circunstância judicial negativa, o que impõe a fixação do regime fechado, bem como impossibilita a substituição da pena.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no REsp 1130774/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 2/5/2014).

Ante o exposto, não conheço da impetração.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0140984-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 296.751 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121300459067 121300459067 21300459067 70058355231

EM MESA

JULGADO: 19/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VALDISNEI ANTONIO BRITES MARQUES

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.