



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.359 - SP (2012/0069385-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO LUIS SILVÉRIO

EMENTA

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 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.

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), 21 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.359 - SP (2012/0069385-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO LUIS SILVÉRIO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOÃO LUIS SILVÉRIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0015413-54.2010.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, mais o pagamento de 250 dias multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal de origem deu provimento ao inconformismo do *Parquet* e aumentou a reprimenda para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime prisional mais gravoso. O acórdão está acostado às fls. 18/21.

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de o apenado preencher os requisitos legais para incidência da causa especial de redução da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Aduz, ainda ter incorrido o julgamento Colegiado em *bis in idem*, ao valorar duplamente a reincidência, tanto para majorar a pena-base, quanto para afastar o redutor.

Nesses termos, requer a revisão do decreto condenatório, para reconhecer a minorante ou afastar a valoração da reincidência nos dois momentos da dosimetria da pena.

Indeferida a medida de urgência e prestadas as informações solicitadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). INVIABILIDADE. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OSTENTANDO A CONDIÇÃO DE REINCIDENTE. PRECEDENTES DESSA EGRÉGIA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. DECISUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM (fls.73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.359 - SP (2012/0069385-7)

VOTO

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

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, 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.

No que interessa, o Tribunal *a quo*, apreciando o apelo da acusação, majorou a reprimenda com estes fundamentos:

[...]

Procede o inconformismo ministerial.

Com efeito. O recorrido não faz jus ao benefício do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que fica cancelado, uma vez que, além de possuir antecedente desabonador (fl. 85), ostenta a condição de reincidente (fl. 80).

Assim, atento às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, notadamente ao antecedente desabonador ostentado pelo recorrido, fixa-se-lhe a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em cinco anos e dez meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três dias-multa, de piso mínimo.

Essas reprimendas são aumentadas de 1/6, por conta da reincidência do recorrido, resultando as penas de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e seiscentos e oitenta dias-multa, de valor unitário mínimo, que são tornadas definitivas.

No mais, preserva-se a r. decisão recorrida, que bem decidiu a lide.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso do réu e dá-se provimento ao recurso ministerial para os seguintes fins: a-) aumentar as penas do réu para seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e seiscentos e oitenta dias-multa; b-) afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida (fls. 20/21, sem destaque no original).

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

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 pretendida.

Noutro enfoque, não obstante a Corte estadual ter majorado a pena-base em 10 meses, notadamente em face do *antecedente desabonador ostentado pelo recorrido*, este Tribunal Superior firmou entendimento 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*. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. PACIENTE REINCENTE. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.434/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO, NA SENTENÇA, COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME E NA REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DA HEDIONDEZ AFASTADA. REINCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

- Por decorrer de expressa previsão legal, não há constrangimento ilegal pelo uso da reincidência para agravar a pena e impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006.

[...]

- Habeas corpus não conhecido (HC 318.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

- A Corte de origem negou a aplicação do redutor previsto no art. 46 da Lei n. 11.343/2006 concluindo que o agravante tem capacidade de entender a ilicitude do fato. Rever essa premissa importa em incursão no conteúdo fático-probatório carreado aos autos, tarefa inviável em recurso especial, a teor do verbete n. 7 da Súmula deste Tribunal.

*- O entendimento adotado pelo Tribunal a quo não destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de que **não configura bis in idem a utilização da reincidência para agravar a pena e para afastar a aplicação da minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.***

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 181.629/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 28/08/2015).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0069385-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.359 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 154135420108260050 3732010

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOÃO LUIS SILVÉRIO

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.