



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.380 - SP (2011/0056632-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADILSON LESSA GOMES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REQUISITOS OBJETIVOS. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. APENADO REINCIDENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "B", DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal – CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

3. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4 requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Na hipótese dos autos, a reincidência do réu afasta, de plano, a concessão do benefício.

4. 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.

5. Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado. Desse modo, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

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 e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.380 - SP (2011/0056632-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADILSON LESSA GOMES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de ADILSON LESSA GOMES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 990.09.239695-1).

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, mais o pagamento de 550 dias multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Inconformada, a defesa interpôs recurso, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal de origem, em acórdão juntado às fls. 33/38.

No presente *writ*, a Defensoria Pública pretende compensar a confissão espontânea do réu com a agravante da reincidência. Busca, ainda, a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e aduz ter incorrido o julgamento colegiado em *bis in idem*, ao valorar duplamente a reincidência, tanto para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria, quanto para afastar o redutor.

Por fim, assevera não haver fundamentação idônea para impor o regime prisional fechado

Sem pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA E DO QUANTUM REDUTOR, EX VI DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE DESSE COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - É a própria disposição dos artigos 61, inciso I, do Código Penal e 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que impõe ao Juiz considerar a reincidência, tanto na dosimetria da pena - circunstância agravante, quanto na não aplicação do redutor de 1/6 a 2/3, cuja incidência está condicionada à comprovação de que o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II - Juiz sentenciante que utilizou, tão-somente, de um mesmo parâmetro de referência - reincidência - para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Parecer pela denegação da Ordem (fl. 73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.380 - SP (2011/0056632-0)

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 primeira controvérsia refere-se ao pedido de compensação da atenuante da confissão espontânea com a circunstância agravante da reincidência.

Na hipótese, o Juízo processante reconheceu a confissão espontânea do paciente e ainda utilizou tal circunstância para lastrear sua convicção acerca da procedência da condenação. Ao negar provimento ao inconformismo da defesa, a Corte estadual manteve o entendimento de ser a reincidência preponderante. É a lição que se extrai dos seguintes trechos:

Sentença:

*Adilson Lessa Gomes, Edmar da Silva Correia e Willian Dias Teixeira foram denunciados como incurso no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, porque no dia 3 de março de 2008, por volta das 13h30min, na Avenida Cavalheiro Paschoal Innechi, 1.300, esquina com a Avenida Coronel Quito Junqueira, neste município, guardavam para fornecer a terceiros, **2.110g da droga denominada Cannabis sativa L., acondicionada em dois tijolos** envoltos em plásticos incolores, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.*

[...]

***O acusado Adilson confessou ser o responsável pela droga localizada pelos policiais militares.** Vale conferir o interrogatório acostado a fls.115/116.*

A confissão será, portanto, considerada como um dos elementos para procedência do pedido, diante de sua harmonia aos depoimentos produzidos a fls.121/124 (artigo 197 do Código de Processo Penal).

[...]

Passo às dosagens das penas:

Acusado Adilson Lessa Gomes

I. Não há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado; por essa razão, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, em seu valor mínimo unitário;

II. Dentre as circunstâncias legais, presente a reincidência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme atesta a certidão de fls. 05, do apenso de antecedentes, mister majorar a pena em oito meses de reclusão e cinquenta dias-multa; à vista a confissão e observado o disposto no artigo 67 do Código Penal (as circunstâncias preponderantes devem prevalecer sobre as atenuantes), diminuo dois meses de reclusão e vinte dias- multa.

III. Não há causas especiais de aumento, tampouco de diminuição, ressaltando-se a inviabilidade de reconhecimento do disposto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº. 11.343/06, porque reincidente o agente. Torno definitivo o quantum de cinco anos e seis meses de reclusão e pagamento de quinhentos e trinta dias-multa;

IV. Por se tratar de crime equiparado a hediondo, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, possibilitada a progressão (Lei nº. 11.343/06). Em virtude da reincidência e da manutenção de motivos que dão ensejo à prisão cautelar, não poderá apelar em liberdade, anotando-se inexistir óbice a essa condicionante (verbete nº9, súmula do Superior Tribunal de Justiça).

V. Em virtude do quantum da pena privativa de liberdade, não há pensar-se em substituição por pena restritiva de direitos, até porque o artigo 44 da Lei de Tóxicos veda tal substituição - quando a pena não supera a quatro anos o qual guarda compatibilidade vertical à CF (fls. 20/27).

Acórdão:

[...]

O acusado Adilson é reincidente (fls. 05 dos autos em apenso), enquanto que o corréu William é primário.

Assim sendo, as penas foram corretamente aplicadas, desmerecendo reparos.

Registre-se que com relação ao acusado Adilson, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea foram devidamente consideradas na dosimetria da pena.

[...]

O regime inicial fechado mostrou-se adequado, sendo certo que, além do crime de tráfico ser tido como hediondo, as circunstâncias judiciais não autorizam a aplicação da regra estabelecida no art. 44, do Código Penal (fls. 37/38).

Contudo, este Tribunal Superior, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil), uniformizou o entendimento de que *é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência*, ratificando orientação firmada no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, no sentido de que a atenuante em análise, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência.

Cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça também editou a Súmula n. 545, no mesmo sentido, *in verbis*:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

A propósito, confirmam-se estes julgados de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. VALORAÇÃO INDEVIDA DE PROCESSOS E INQUÉRITO EM CURSO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O aumento da pena-base carece de fundamentação válida, pois o Tribunal de origem apoiou-se em argumentos genéricos e próprios do tipo penal para valorar como desfavoráveis a culpabilidade, as consequências e os motivos do crime. Precedente.

3. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que a aferição negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, com fulcro em inquéritos policiais ou ações penais em andamento, fere o princípio da presunção de inocência (Súmula n. 444/STJ).

4. Se a única condenação transitada em julgado em desfavor do paciente, já foi valorada como agravante da reincidência, é manifestamente ilegal a utilização dos demais processo e inquéritos em curso para elevar a pena-base, a pretexto de que o acusado ostenta maus antecedentes e tem personalidade tendente à prática de crimes.

5. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, decidiu que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. Precedente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer a pena definitiva do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa (HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 17/03/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. MAUS ANTECEDENTES. INCREMENTOS JUSTIFICADOS. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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

2. *Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da sanção se as instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.*

3. *O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal. In casu, o Tribunal a quo identificou a confissão do paciente como qualificada, portanto, de rigor a aplicação da circunstância atenuante*

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0008251-56.2012.8.12.0008 para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 341.501/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 02/02/2016). Desse modo, necessário o redimensionamento da pena do paciente.

A segunda controvérsia diz respeito à incidência da causa especial de redução da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem ainda a valoração da reincidência nos dois últimos momentos da dosimetria da pena.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, as instâncias ordinárias destacaram a reincidência do réu, o que afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida.

Ademais, 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 crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

É certo que a Jurisprudência desta Corte Superior, nos termos da Súmula n. 440/STJ, tem entendido que, fixada a pena-base no mínimo legal, a simples gravidade abstrata do crime de roubo não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado.

Entende-se, ainda, que é necessária a fundamentação concreta para justificar o regime prisional mais gravoso, sendo inidônea a argumentação com base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas na gravidade abstrata do delito. No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso dos autos, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a manutenção do regime inicial fechado impõe-se também no fato de se tratar de paciente reincidente, em observância ao disposto no art. 33 do Código Penal.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGA. REINCIDÊNCIA. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRANSITO EM JULGADO. JULGADO DO STF. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

3. Tendo o paciente cumprido a pena definitiva anterior, o prazo de extinção dos efeitos da reincidência passa a ser computado da data do cumprimento da pena ou da extinção punibilidade e não mais da data do trânsito em julgado.

4. Os requisitos legais para a incidência da causa especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

5. 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.

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Hipótese em que Tribunal de origem, diante do quantum da pena aplicada (5 anos e 10 meses de reclusão), da reincidência do paciente, das circunstâncias concretas do delito e da quantidade das drogas apreendidas, fixou motivadamente o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas.

8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. O STF, no julgamento do HC 126.292/SP, decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

10. Habeas corpus não conhecido (HC 365.905/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 08/11/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PACIENTE BERNARDO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REINCIDENTE. PACIENTE WILLIAN. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA QUE JUSTIFICA O PATAMAR. PRECEDENTES. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PACIENTE BERNARDO. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E REINCIDENTE. PACIENTE WILLIAN. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. Em relação ao paciente BERNARDO, não há se falar em aplicação da benesse, tendo em vista que o paciente é reincidente, não preenchendo, portanto um dos requisitos previsto no artigo.

4. Para o paciente WILLIAN, a natureza, a variedade da droga constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal.

5. Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Tendo em vista o quantum da pena (5 anos e 10 meses) do paciente BERNARDO, bem como sua reincidência, o regime adequado é o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

7. No que tange ao paciente WILLIAM, a quantidade de drogas apreendida - 422g de maconha e 68g de cocaína - é fundamento suficiente para fixar o regime mais gravoso.

8. Habeas corpus não conhecido (HC 363.531/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJE 04/10/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO 64, I, DO CP E 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. NÃO APLICAÇÃO DA REDUTORA. OFENSA AOS ARTS. 64, I, E 33, § 2º, "A" E "B", TODOS DO CP. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. NOCIVIDADE DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que "a condenação anterior existente contra o paciente, pelo crime de tráfico de drogas, ainda que alcançada pelo período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterize a agravante da reincidência, configura maus antecedentes, razão pela qual impede a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diante da falta do preenchimento do requisitos legais. Precedente". (HC 338.010/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016).

2. Na espécie, verifica-se que o juízo de primeiro grau salientou particularidade fática, que revela um plus de reprovabilidade na conduta do recorrente, mormente em razão dos maus antecedentes e da nocividade do entorpecente apreendido (crack), impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena, ante a idoneidade dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, os quais estão em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 812.696/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/09/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0056632-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.380 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3172008 990092396951

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ADILSON LESSA GOMES
CORRÉU	: EDMAR DA SILVA CORRÊA
CORRÉU	: WILLIAN DIAS TEIXEIRA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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