



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.687 - SP (2014/0020302-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **WILSON JOSE RODRIGUES**
ADVOGADO : **WILSON JOSE RODRIGUES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **RAFAEL FRANCISCO SOARES (PRESO)**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR FURTO. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME ANTECEDENTE. NÃO OCORRÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

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 - Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, hipótese não caracterizada no caso em concreto, ante a comprovação da reincidência (**precedentes**).

IV - Não há se falar em prescrição da pretensão punitiva - em relação ao crime antecedente (furto), com vista a afastar a reincidência - se entre os marcos interruptivos não transcorreu o prazo prescricional de 2 anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do CP, na redação anterior à Lei n. 12.234/2010.

Habeas Corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 07 de abril de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.687 - SP (2014/0020302-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O retrospecto foi devidamente delineado pelo il. representante do **Parquet** Federal, **verbis**:

*"Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário impetrado em favor de RAFAEL FRANCISCO SOARES, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o **Writ** n. 2038170-56.2013.8.26.0000, em que pleiteava, alternativamente, a extinção da punibilidade da condenação imposta nos autos do processo n. 12.829/2005, ou a redução de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 05 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pelo crime tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, negado o direito à redução de pena prevista no art. 33, § 4º, do referido diploma legal, porque reincidente.

Inconformados, interpuseram recurso de apelação a defesa e o Ministério Público Estadual ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao ministerial para, mantida a condenação, fixar a pena do paciente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantido, no mais, o decreto condenatório.

*Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, que se encontra pendente do exame do juízo de admissibilidade na Corte **a quo**.*

*Neste **writ**, busca-se a reforma da condenação, nos seguintes pontos:*

'(...) 3. Requer a rescisão dos efeitos da condenação naqueles autos fulminados pela prescrição retroativa, lapso de tempo que o Estado não cumpriu para julgar um processo admitido em Lei Federal de 02 anos, sendo declarada extinta a punibilidade dos autos 12.829/2005 da 25ª Vara de São Paulo.

4. Alternativamente, requer os benefícios legais do parágrafo 4º do art. 33 da Lei de tráfico Legislação especial.' (e-STJ fls. 6/7). Informações processuais nos autos (e-STJ fls. 39/40).

É o relatório" (fls. 141-142).

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**:

**"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HABEAS
CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. REINCIDÊNCIA. COMETIMENTO ANTERIOR DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE E PARA NEGAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, LEI 11.343/2006.

*1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de **habeas corpus** em substituição ao recurso especial cabível.*

*2. 'O rito da ação constitucional do **habeas corpus** demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, em que não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, de modo a inviabilizar a adequada análise do pedido.'*

3. Havendo reincidência, não pode o agente ser beneficiado com a causa especial de diminuição no tráfico, pois não cumpre o requisito da primariedade.

*4. Parecer pelo não conhecimento do **Writ** e, no mérito, pela denegação da ordem" (fl. 141).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.687 - SP (2014/0020302-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR FURTO. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME ANTECEDENTE. NÃO OCORRÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

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 - Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, hipótese não caracterizada no caso em concreto, ante a comprovação da reincidência (**precedentes**).

IV - Não há se falar em prescrição da pretensão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punitiva - em relação ao crime antecedente (furto), com vista a afastar a reincidência - se entre os marcos interruptivos não transcorreu o prazo prescricional de 2 anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do CP, na redação anterior à Lei n. 12.234/2010.

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

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 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).

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**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado.

A sentença condenatória foi reformada, em parte, pelo eg. Tribunal **a quo**, que fixou a pena do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, à unanimidade, denegou a ordem. Consta do voto condutor:

*"As questões levantadas pelo impetrante, na tentativa de comprovar o equívoco presente na dosimetria penal, ou seja, na possibilidade de substituição das penas e no reconhecimento da primariedade para a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, é vedado na via estreita do **habeas corpus**, por demandar incursão no acervo probatório, visto que suficientemente motivada a r. decisão.*

[...]

No mesmo sentido, o pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva resta inviabilizado de análise, por essa via, especialmente porque estaria configurada a supressão de Instância.

Portanto, no caso em apreço, não restou demonstrado constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita" (fls. 25-26).

Verifica-se, portanto, que o eg. Tribunal de origem não vislumbrou qualquer mácula na pena aplicada, no que tange à não incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Com efeito, a r. sentença condenatória, ao não reconhecer a aplicação do referido redutor, assim consignou:

"O réu não faz jus à redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06 porque é reincidente (fls. 93 e 117), pois a certidão de fls. 117 informa que a pena foi declarada extinta em 25 de outubro de 2011" (fl. 50).

Em grau de apelação, o eg. Tribunal, a respeito do tema, asseverou o que se segue:

" [...] a reincidência comprovada nos autos, como ressaltado, torna incabível a redução da pena com base no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, assim como a fixação de regime inicial que não o fechado" (fl. 113).

Observa-se, portanto, que as instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena ao ora paciente em razão da reincidência, sendo certo que esse entendimento não configura constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, que assim dispõe:

"[...] as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Colaciono precedentes desta eg. Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

[...]

2. O agravamento da pena-base pela reincidência e a não-aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ausência do requisito da primariedade do agente, não caracterizam indevida dupla valoração da mesma circunstância. Precedentes desta Corte.

3. Para aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais: a) ser primário, b) ter bons antecedentes, c) não se dedicar às atividades criminosas, d) nem integrar organização criminosa, o que não ocorreu no caso em tela, tendo em vista que o paciente é reincidente.

4. **Habeas corpus** não conhecido" (HC 300.072/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 2/2/2015).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. 4. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. 5. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES E É REINCIDENTE. 6. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. 7. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PACIENTE REINCIDENTE. 8. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Reconhecido pelas instâncias de origem os maus antecedentes e a reincidência do paciente, não é possível a aplicação da minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Não há falar em **bis in idem** em razão da 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. 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.

[...]

8. **Habeas corpus** não conhecido" (HC 302.328/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17/12/2014).

Por fim, não há, com os dados constantes dos autos, se falar em prescrição, para que seja reconhecida a extinção da punibilidade **da condenação anterior** (processo de condenação n. 12829/2005), com vistas a afastar a reincidência.

Isso porque, tendo em vista a pena aplicada naquele caso (8 meses - delito: furto - art. 155, **caput**, e § 2º, do CP), o prazo prescricional é de 2 (dois) anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do CP, na redação anterior à Lei 12.234/2010. O fato - segundo afirma o impetrante (fl. 195) - foi praticado no dia 21/2/2005. A denúncia foi recebida em 15/3/2005. A sentença condenatória data de 24/11/2005 e o trânsito em julgado para a acusação foi certificado em 24/9/2007 (certidão de execução criminal à fl. 160).

Não houve, dessa forma, o advento da prescrição da pretensão punitiva, eis que entre os marcos interruptivos não transcorreu período igual a 2 (dois) anos.

Ante o exposto, **não conheço** da ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0020302-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 287.687 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0964031242012 09640312420128260506 20381705620138260000 21082012
964031242012 9640312420128260506

EM MESA

JULGADO: 07/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WILSON JOSE RODRIGUES
ADVOGADO : WILSON JOSE RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL FRANCISCO SOARES (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 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.