



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.848 - SP (2014/0129194-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL GOMES FREITAS DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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.

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial 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.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o 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 o ofensa ao princípio do *non bis in idem*, visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.

4. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

5. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa), e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "c", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.848 - SP (2014/0129194-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL GOMES FREITAS DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em favor de **RAPHAEL GOMES FREITAS DE OLIVEIRA**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 17-30).

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo (e-STJ, fls. 9-16).

Neste *writ*, a impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando que a consideração cumulativa da reincidência na segunda e na terceira etapa caracteriza indevido *bis in idem*.

Salienta que, se assim não fosse, a reincidência não obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerando que não há indícios que o paciente integre organização criminosa ou se dedique a atividades ilícitas.

Pugna, liminarmente, pela aplicação da referida minorante e pela fixação de regime mais brando, concedendo, na oportunidade, o direito de aguardar em liberdade o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 33-35).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 45-47 e 71-72).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 84-88).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.848 - SP (2014/0129194-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL GOMES FREITAS DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCENTE. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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.
2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial 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.
3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o 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 o ofensa ao princípio do *non bis in idem*, visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.
4. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.
5. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa), e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "c", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o juiz sentenciante, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base para o delito de tráfico de drogas no mínimo legalmente previsto (5 anos), aumentando-a em 1/6, na segunda etapa, e afastando a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na terceira etapa, em razão de reincidência do paciente (e-STJ, fl. 28).

A Corte *a quo*, por sua vez, ratificou os fundamentos da sentença condenatória, acrescentando que o reconhecimento da reincidência na segunda fase da dosimetria e no afastamento do redutor não conduz a incidência de *bis in idem* (e-STJ, fls. 14-15):

"As penas foram corretamente dosadas. A magistrada partiu do mínimo previsto para a espécie e incidiu aumento de 1/6 (um sexto) em razão da reincidência (fls. 11/12 e 21 do apenso, por crime de furto).

Não há que se falar em inconstitucionalidade do aumento decorrente da reincidência, pois há expressa previsão legal para sua aplicação e o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a possibilidade de sua imposição (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 453.000, julgado em 4.4.2013).

O apelante é reincidente, o que impede a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Não há que se falar em "bis in idem" no reconhecimento da reincidência na segunda fase e no afastamento do redutor pela mesma razão, pois este redutor é uma benesse legal concedida a criminosos primários e não uma agravante de pena. Também não se exige que a reincidência seja em crime de tráfico, pois o legislador não fez tal distinção."

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Com efeito, em se tratando de réu reincidente, esta Corte firmou o entendimento que a utilização da agravante para aumentar 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*, visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.

Nesse sentido:

"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.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal, ressaltando a possibilidade de concessão de ordem de ofício, nos casos de evidente constrangimento ilegal.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2015.)

Assim, reconhecida pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

Por fim, consigne-se que, mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa) e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "c", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0129194-7

HC 295.848 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01157334420128260050 115733442012 1157334420128260050 20140000160562 742013

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAPHAEL GOMES FREITAS DE OLIVEIRA

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.