



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.761 - TO (2016/0191886-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ALVARO DA SILVA E OUTROS**
ADVOGADO : **ALVARO DA SILVA E OUTRO(S) - DF032401**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS**
PACIENTE : **GABRIEL BASTOS PEREIRA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA ETAPA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. RÉU REINCENTE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. DETRAÇÃO. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE FICOU PRESO INDEVIDAMENTE EM AÇÃO PENAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. *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. 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. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

4. 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.

5. Não ocorre *bis in idem* quando a reincidência é sopesada tanto para agravar a pena como para justificar o regime mais grave segundo o *quantum* da pena aplicada, visto que a fixação do modo inicial de cumprimento de pena não se insere no âmbito da dosimetria da reprimenda.

6. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (7 anos de reclusão) e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", 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)

7. É impossível considerar para efeitos da detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, o tempo de prisão anterior ao crime que resultou na condenação do paciente, pois caracterizaria a criação de um crédito penal a eximir o agente da sanção de futuras infrações penais, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio.

8. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Sustentou oralmente: Dra. Fernanda Reis Carvalho (p/pacte)

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.761 - TO (2016/0191886-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ALVARO DA SILVA E OUTROS**
ADVOGADO : **ALVARO DA SILVA E OUTRO(S) - DF032401**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS**
PACIENTE : **GABRIEL BASTOS PEREIRA (PRESO)**

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **GABRIEL BASTOS PEREIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

O recurso especial não foi admitido e o agravo respectivo está pendente de julgamento.

Neste *writ*, insurge-se o impetrante contra a dosimetria da pena fixada, alegando a ocorrência de *bis in idem*, já que as instâncias ordinárias valeram-se da reincidência do paciente tanto para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, como para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo ainda utilizado do mesmo fundamento para fixar o regime mais gravoso. Sustenta, ainda, ser devido o decote de 4 (quatro) meses de prisão que teria cumprido a mais em anterior condenação, conforme se verifica no HC n. 108.968-DF, do Supremo Tribunal Federal.

Requer, assim, a redução da reprimenda, fazendo incidir em favor do paciente a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, ou, alternativamente, o afastamento da agravante do art. 61, inciso I do Código Penal, bem como a fixação do regime inicial semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 313-315).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 321-323).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 358-362).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.761 - TO (2016/0191886-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ALVARO DA SILVA E OUTROS**
ADVOGADO : **ALVARO DA SILVA E OUTRO(S) - DF032401**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS**
PACIENTE : **GABRIEL BASTOS PEREIRA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA ETAPA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. DETRAÇÃO. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE FICOU PRESO INDEVIDAMENTE EM AÇÃO PENAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. *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. 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. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

4. 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.

5. Não ocorre *bis in idem* quando a reincidência é sopesada tanto para agravar a pena como para justificar o regime mais grave segundo o *quantum* da pena aplicada, visto que a fixação do modo inicial de cumprimento de pena não se insere no âmbito da dosimetria da reprimenda.

6. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (7 anos de reclusão) e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", 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)

7. É impossível considerar para efeitos da detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, o tempo de prisão anterior ao crime que resultou na condenação do paciente, pois caracterizaria a criação de um crédito penal a eximir o agente da sanção de futuras infrações penais, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio.

8. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Eis o teor da sentença condenatória, no tocante à individualização da pena (e-STJ, fls. 148-149):

“Passo assim à fase da dosimetria da pena.

DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

A culpabilidade é normal ao tipo penal. Antecedentes: O acusado é reincidente, o julgado do *habeas corpus* n.º 108.968 Distrito Federal (juntado pelo MP ao evento 73) não deixa dúvidas de que o acusado foi condenado anteriormente pela prática de tráfico de drogas. Conduta social: Não tem nos autos elementos seguros para se valorar. Não há nos autos elementos suficientes para se aferir a personalidade do acusado. Os motivos do crime são os normais da espécie. As circunstâncias não militam em desfavor do réu. As consequências – são normais ao tipo. Quanto ao comportamento da vítima, não há que se falar, por se tratar de crime contra a saúde pública.

PENA BASE.

Diante da análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena- base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

PENA INTERMEDIÁRIA.

Circunstancias agravante – Reincidência – O acusado é reincidente, o julgado do *habeas corpus* n.º 108.968 Distrito Federal (juntado pelo MP ao evento 73) não deixa dúvidas de que o acusado foi condenado anteriormente pela prática de tráfico de drogas, razão pela qual se agrava a pena para 06 (seis) anos de reclusão.

Circunstancias atenuante – Não há.

PENA DEFINITIVA.

No que se refere a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, Lei 11.343/06, deixo de aplicar no presente caso pelas razões já combatidas anteriormente (réu reincidente).

Milita contra o acusado uma causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, V da Lei nº 11.343/06, portanto, majora-se a pena em 1/6 (um sexto), ficando a pena intermediária em 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos oitenta e três dias-multa) tornando-a DEFINITIVA, diante a inexistência de outras causas modificadoras da reprimenda.”

A Corte *a quo*, por sua vez, ratificou a sentença condenatória, mantendo-a pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 218-226).

Primeiramente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

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, torna-se incabível a aplicação do redutor, por ausência de preenchimento dos requisitos legais, cabendo ressaltar que 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.

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.)

Dessa forma, tendo as instâncias antecedentes reconhecido a reincidência do paciente, o redutor pelo tráfico privilegiado restou devidamente afastado, ante a ausência do preenchimento dos requisitos para concessão da benesse.

Quanto ao regime inicialmente fixado, melhor sorte não socorre ao impetrante, pois, mantido o *quantum* da reprimenda imposta (7 anos de reclusão) e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", 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).

Cabe ressaltar que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não ocorre *bis in idem* quando a reincidência é sopesada tanto para agravar a pena como para justificar o regime fixado, visto que a fixação do regime prisional não se insere no âmbito da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

"[...] - Em relação à utilização das condenações pretéritas para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, verifica-se que o paciente possui duas condenações diversas transitadas em julgado. Dessa forma, não há ilegalidade em utilizar uma delas na primeira fase e a outra na segunda fase.

- Da mesma forma, não há se falar em *bis in idem* em se utilizar a reincidência para agravar a pena e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso. Isso porque a fixação do regime prisional não se insere no âmbito da dosimetria da pena, cujos critérios são os definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, enquanto que o regime vem regulado pelo artigo 33 do mesmo diploma legal.

- Embargos declaratórios acolhidos, contudo, sem efeitos infringentes."

(EDcl no HC 335267/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 11/10/2016).

Por fim, o pleito referente ao desconto do tempo em que o paciente ficou indevidamente aprisionado não merece prosperar, uma vez que é impossível considerar para efeitos da detração, prevista no art. 387, § 2º, do CPP, o tempo de prisão anterior ao crime que resultou na condenação do paciente, pois caracterizaria a criação de um crédito penal a eximir o agente da sanção de futuras infrações penais, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. PACIENTE ABSOLVIDO EM OUTRO PROCESSO. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE PERMANECEU PRESO ANTES DA PRÁTICA DO NOVO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

– A decisão do Juiz das Execuções, mantida pelo Tribunal *a quo*, indeferiu de forma fundamentada o pedido de detração da pena, por entender que não é possível considerar para efeito de detração período de prisão anterior ao crime em que ensejou a condenação.

– Entendimento diverso implicaria possibilidade de se criar um crédito de pena, eximindo o agente de sanção por futuras violações da lei penal, o que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Habeas corpus não conhecido"

(HC 328354/RS, Rel. Min. ERICSSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Sexta Turma, DJe 22/10/2015).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0191886-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 363.761 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010140420158270000 00102140420158270000 10140420158270000
102140420158270000 1052003

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALVARO DA SILVA E OUTROS
ADVOGADO : ALVARO DA SILVA E OUTRO(S) - DF032401
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : GABRIEL BASTOS PEREIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DRA. FERNANDA REIS CARVALHO (P/PACTE)

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.