



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.152 - SP (2017/0049230-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN TREMAROLI

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REINCIDÊNCIA. MODO FECHADO ADEQUADO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
3. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedente.
4. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes.
5. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado (mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "a", do CP. Precedentes.
6. O pedido de detração para fins de estabelecimento do regime prisional é incabível nesta Corte, porque não apreciado na origem, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.
7. *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), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.152 - SP (2017/0049230-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN TREMAROLI

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **WILLIAN TREMAROLI**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 580 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

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

Neste *writ*, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob o argumento de que a única condenação caracterizadora da reincidência não pode ser valorada para agravar a pena e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de indevido *bis in idem*. Afirmar, ainda, que não há fundamento concreto para a imposição do regime mais grave, sobretudo quando se trata da apreensão de 1,9g de cocaína, na forma de *crack*, e 1g de cocaína em pó.

Requer, assim, a aplicação da minorante em questão, bem como a fixação do regime prisional aberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 62).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ, fls. 69-74).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.152 - SP (2017/0049230-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN TREMAROLI

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REINCIDÊNCIA. MODO FECHADO ADEQUADO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
3. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedente.
4. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes.
5. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado (mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "a", do CP. Precedentes.
6. O pedido de detração para fins de estabelecimento do regime prisional é incabível nesta Corte, porque não apreciado na origem, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Passo à análise das alegações trazidas pela impetrante.

A Corte de origem assim se manifestou acerca da individualização da pena do paciente:

Na primeira fase, em face da personalidade voltada à prática de crimes, consubstanciada pela certidão de fls. 84, a base foi exasperada em 1/6, resultando a reprimenda em 05 anos e 10 meses de reclusão e 580 dias-multa.

Na segunda fase não foram constatadas a presença de atenuantes.

Na terceira fase não restou aplicado o redutor em face da reincidência.

O apelante alegou ocorrência de *bis in idem* por ter utilizado a condenação como maus antecedentes e como reincidência, além de afastar a aplicação do redutor.

Contudo, não é o que se vê.

A certidão utilizada na primeira fase²⁹ não noticiou a ocorrência de trânsito em julgado. Contudo, foi juntada certidão atualizada em folhas 144, no qual se verifica a ocorrência de condenação com trânsito em julgado para as partes.

E referida condenação foi utilizada apenas na primeira fase, quando em verdade deveria ter sido empregada na segunda fase para atestar a circunstância agravante da reincidência.

Assim, a condenação serviu apenas para exasperar a pena uma única vez e, portanto, nesse aspecto não há que se falar em *bis in idem*.

Alegou ainda a Defesa ocorrência de *bis in idem* porque a condenação foi utilizada para exasperar a pena e para impedir a aplicação do redutor e ainda a desproporcionalidade das sanções entre o primário e o reincidente.

[...]

Não há que se falar em *bis in idem* pelo fato de a reincidência ter sido utilizada para a exasperação da pena na primeira fase e para a não aplicação do redutor na terceira, conforme alega a defesa. Isto porque quando se ostenta condenação anterior na prática de outro crime, é indicativo de que se dedica a prática de atividades criminosas. Além disso, o referido redutor se trata de causa especial de diminuição de pena, na qual a reincidência impede a concessão do redutor e, portanto pode ser novamente considerada, tendo em vista a existência de comando específico nesse sentido.

[...]

Assim mantenho o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. (e-STJ, fls. 41-47).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

In casu, tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

Vale ressaltar que, conforme assentado no acórdão impugnado, a utilização dessa agravante para aumentar a pena, assim como para afastar a incidência 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.

A seguir os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 200.380/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIORNIK, QUINTA TURMA, Julgamento em 22/11/2016, DJe 28/11/2016.)

Desse modo, tendo a instância antecedente certificado a reincidência do paciente, o redutor pelo tráfico privilegiado foi devidamente afastado, ante a ausência do preenchimento dos requisitos para concessão da benesse.

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão à impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

In casu, fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, verificada a reincidência do réu, o regime inicial fechado (mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DE QUE O ENTORPECENTE SE DESTINA A CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...]

3. A teor do disposto no art. 33, § 2º, "b", do CP, o réu reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, deverá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, mesmo se favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

4. No caso, embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação do regime intermediário (5 anos e 10 meses), a adoção do regime fechado para cumprimento inicial da pena justifica-se pela reincidência delitiva.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 304.796/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015.)

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.
[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

Ademais, quanto ao pleito de aplicação da detração penal, haja vista que o paciente permaneceu encarcerado preventivamente desde 28/10/2015, é inviável a sua análise por esta Corte superior, sob pena de indevida supressão de instância, já que a matéria não foi debatida no Tribunal de origem (HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Ante o exposto **não conheço** deste *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0049230-0

HC 391.152 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0019614152015 00196141520158260309 19614152015 196141520158260309
20160000868091

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN TREMAROLI

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.