



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.144 - SP (2015/0149869-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK TRANCHE DE OLIVEIRA (PRESO)

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*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCENTE. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. VIA INADEQUADA. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO. 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 causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.
5. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos de reclusão e pagamento de 500 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, "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).
6. O tema acerca da aplicação do instituto da detração para fixação do regime inicial de cumprimento da penal, previsto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não foi debatido no Tribunal de origem, o que impede sua análise por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Precedente.
7. Esta Corte possui entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não é via adequada para discutir a inconstitucionalidade da sanção pecuniária, haja vista que não ameaça ou viola o direito à liberdade de locomoção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Habeas corpus* não conhecido.

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.144 - SP (2015/0149869-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK TRANCHE DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em favor de **ERICK TRANCHE 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. 31-46).

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, para compensar a agravante de reincidência com a atenuante de menoridade relativa, redimensionando a pena para 5 (cinco) anos de reclusão mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo o regime mais gravoso (e-STJ, fls. 62-67).

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, mesmo tendo cumprido mais da metade da sanção imposta (3 anos), as instâncias ordinárias não procederam à detração no momento da condenação.

Aduz ser inconstitucional a multa penal cominada *in abstracto* pela Lei n. 11.343/2006.

Pugna, inclusive liminarmente, pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, e pela fixação do regime menos gravoso, observado o art. 387, § 2º, do CPP.

Requer, ainda, que seja declarada a inconstitucionalidade dos valores de pena de multa cominados pelos arts. 33, *caput*, § 1º, 34, 35 e 37 da Lei de Drogas, aplicando-a nos termos do art. 49 do CP ou, subsidiariamente, nos termos do art. 29 da Lei n. 11.343/2006.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 73-77).

Informações prestadas (e-STJ, fls.84-85).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 100-104).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.144 - SP (2015/0149869-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK TRANCHE DE OLIVEIRA (PRESO)

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*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCENTE. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. VIA INADEQUADA. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO. 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 causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.
5. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos de reclusão e pagamento de 500 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, "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).
6. O tema acerca da aplicação do instituto da detração para fixação do regime inicial de cumprimento da penal, previsto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não foi debatido no Tribunal de origem, o que impede sua análise por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Precedente.
7. Esta Corte possui entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não é via adequada para discutir a inconstitucionalidade da sanção pecuniária, haja vista que não ameaça ou viola o direito à liberdade de locomoção.
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 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.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o Juiz sentenciante 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. 43).

A Corte *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo, tão somente para compensar a agravante de reincidência com a atenuante de menoridade relativa, redimensionando a pena para o mínimo legal, acrescentando que o reconhecimento da reincidência na segunda fase da dosimetria e no afastamento do redutor não conduz à incidência de *bis in idem* (e-STJ, fls. 65-66):

"Vê-se, portanto, que a variedade e quantidade de droga apreendida - 09 invólucros de cocaína e 14 pedras de *crack* -, aliada às demais circunstâncias, dão a certeza da prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, tornando impossível o pleito absolutório, bem como, a pretendida desclassificação.

A pena-base foi corretamente aplicada no mínimo legal.

Todavia, deve a agravante da reincidência (fls. 13 autos em apenso), ser compensada com a atenuante da menoridade (fls. 16).

Incabível a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, como assentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A reincidência, além de agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inexistência de bis in idem" (HC 158716/SP Ministro OG Fernandes DJ 16.05.2011).

"Constatando-se a ocorrência da reincidência, ausente ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário. 2. Não há o que se falar em bis in idem, mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico - a reincidência - quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente" (HC 242769/SP Ministro Jorge Mussi DJ 21.09.2012).

A pena final resulta, portanto, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa."

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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.

Consigne-se que, mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos de reclusão e pagamento de 500 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, "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).

Quanto o instituto da detração para fixação do regime inicial de cumprimento da penal, previsto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, verifica-se que o tema não foi debatido no Tribunal de origem, o que impede sua análise por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXASPERAÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACIENTE MULTIREINCIDENTE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE, COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

7. Não obstante o paciente tenha sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a ponderação negativa das circunstâncias judiciais justificam a fixação do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente, mantido o regime inicial fechado."

(HC 344262/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 2/5/2016.)

Por fim, no tocante ao pleito de inconstitucionalidade dos valores da pena de multa imposta nos moldes da Lei n. 11.343/2006, esta Corte possui entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não é via adequada para discutir a inconstitucionalidade da sanção pecuniária, haja vista que não ameaça ou viola o direito à liberdade de locomoção.

A esse respeito, o seguinte precedente:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FULCRO NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA E AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE ILÍCITA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. VIA IMPRÓPRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A valoração da pena-base por tráfico ilícito de drogas deve ser analisada com foco, primordialmente, no art. 42 da Lei 11.343/06, o qual enfatiza a quantidade e natureza da droga apreendida.

3. De acordo com a Corte estadual, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, aliadas a forma de acondicionamento e demais circunstâncias em que ocorreu a prisão, apontam para o fato de que se dedicava o paciente à atividade criminosa, o que constitui fundamento idôneo para justificar o indeferimento da redução da pena, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado.

4. O patamar da reprimenda imposta (6 anos) não permite, nos termos dos arts. 44, I e 77, *caput*, ambos do Código Penal, a concessão da substituição da pena ou do *sursis*.

5. O habeas corpus não se presta a discutir a inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, uma vez que a sanção pecuniária, acaso descumprida, não será convertida em privação de liberdade, a teor do art. 51, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 243383/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/3/2016.)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0149869-7

HC 328.144 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068445920128260126 1260120120068446 5632012 68445920128260126

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ERICK TRANCHE DE OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU	: LUCAS ROGÉRIO PIRES DA FONSECA

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."

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