



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.306 - SP (2013/0392051-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIQUE DE SOUSA
PACIENTE : LEANDRO AUGUSTO CHAVES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.. UTILIZAÇÃO DE UM MESMO ARGUMENTO EM DUAS ETAPAS DO CÁLCULO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENAS NO TRÁFICO. POSSIBILIDADE.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. A utilização de um mesmo argumento - referente à natureza e à quantidade drogas - em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, a fim de evitar *bis in idem*, consoante recente entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES), possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprirem pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

4. O Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra. Assim, deve o magistrado se orientar pelo art. 44 do Código Penal para negar a substituição de penas ao condenado pelo crime de tráfico.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para que o Juízo de primeiro grau refaça a dosimetria das penas dos pacientes com fixação do regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal, c/c o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, analisando a possibilidade de substituição de penas à luz do disposto no art. 44 do Estatuto Repressivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.306 - SP (2013/0392051-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Caíque de Sousa** e **Leandro Augusto Chaves**, apontando-se como autoridade coatora a Décima Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0100895-96.2012.8.26.0050.

Verifica-se dos autos que os pacientes foram condenados, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 65, I, do Código Penal, às penas de 2 anos e 4 meses, no regime inicial fechado, além do pagamento de 222 dias-multa, por terem em depósito três pedras de *crack*, com peso bruto de 1,6 g, e 208 pinos de cocaína, com peso bruto de 97,95 g (fls. 142/146).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, mantendo incólume a sentença condenatória (fls. 204/209).

Neste *writ*, sustenta a impetrante que os pacientes são primários, têm bons antecedentes e não integram organização criminosa, razão por que teriam direito à aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em sua fração máxima, qual seja, de 2/3.

Alega que *a imposição obrigatória de regime fechado é flagrantemente inconstitucional, visto que afronta os princípios constitucionais da individualização da pena e da humanidade da reprimenda* (fl. 5). Aduz, ainda, que *tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei n.º 11343/06, a resolução do Senado, bem como o preenchimento dos requisitos necessários à substituição da pena de prisão (artigo 44 CP), o presente apelo deverá ser provido, para o fim de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos* (fl. 9).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer o deferimento de liminar, a fim de que os pacientes aguardem em liberdade o julgamento do presente *writ*. No mérito, postula a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, para que seja alterado o regime prisional para o aberto e para que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida para que os pacientes fossem colocados no regime semiaberto (fls. 232/234). Prestadas as informações (fls. 248/302), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, para que fosse afastada a obrigatoriedade do regime fechado, em parecer assim ementado (fls. 242/246):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. PARCIAL ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DEVIDAMENTE APLICADA. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não há ilegalidade no quantum da pena aplicada em razão da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida.

2. O STF, ao julgar o HC nº 111840/ES, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Possibilitando, assim a fixação de regime diverso do fechado aos condenados pela prática de tráfico de drogas. Assim, no caso, o regime adequado é o semiaberto para o início do cumprimento de pena, pois, embora a reprimenda dos pacientes tenham sido proposta em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, mostra-se razoável a imposição do modo intermediário, diante da natureza e quantidade de droga apreendida, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

3. A gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e quantidade de droga apreendida – 208 pinos de cocaína e 3 pedras de “crack”, recomenda, *in casu*, a não substituição da pena, pois outras penas restritivas de direitos não se mostrariam suficientes para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seriam socialmente recomendáveis.

PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM A FIM DE QUE SEJA FIXADO O REGIME SEMIABERTO PARA O DESCONTO DA REPRIMENDA DOS PACIENTES.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.306 - SP (2013/0392051-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012 e HC n. 104.045/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/11/2011.

No caso, busca a impetrante a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, a alteração o regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, razão pela qual se faz oportuno transcrever, no que interessa, a sentença de primeira grau (fls. 145/146 – grifo nosso):

[...] Assim sendo, provada parcialmente a imputação feita aos réus feita na denúncia, passo a dosar-lhes a pena, nos termos do art. 59 do Código Penal. Os acusados ostentam bons antecedentes. Porém, **foi encontrada quantidade considerável e variável de substância entorpecente na guarda deles, circunstância esta que recomenda a aplicação da sanção acima do mínimo legal, conforme artigo 42 da Lei n. 11.343/06. Portanto, fixo a pena acima do mínimo legal, ou seja, 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.** Diante da menoridade relativa, reduzo a sanção em um sexto, resultando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 554 (quinhentos e cinquenta e quatro) dias-multa. **Os réus são primários. Não há indicação de que participem de atividades criminosas e nem que integrem organização criminosa, fazendo jus à redução prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06. Assim, diminuo a sanção imposta aos réus em três quintos, considerando a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, resultando 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa. O regime legal e o mais adequado à espécie é o fechado. O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 11.464/07, dispõe que a pena pelo cometimento dos crimes hediondos, bem como aos a eles equiparados, será cumprida inicialmente em**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado, observando-se os lapsos temporais para a concessão do benefício. Isto posto, julgo a ação penal parcialmente procedente, absolvendo Caíque de Sousa e Leandro Augusto Chaves, qualificados nos autos, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, do crime previsto no artigo 35, 'caput', da Lei n. 11.343/06, e da circunstância prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06, e condeno-os a pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, cujo cumprimento dar-se-á em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa, cujo valor fixo no mínimo legal, eis que a situação financeira dos réus assim recomenda, pelo cometimento do delito descrito no art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, c.c. artigo 65, inciso I, do Código Penal. **Diante do teor do art. 2º da Lei nº da Lei n. 8.072/90, bem como objetivando salvaguardar a ordem pública e a aplicação da Lei Penal, mantenho a custódia cautelar dos réus. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade ante a incompatibilidade lógica entre o regime prisional imposto e a manutenção da custódia cautelar com o benefício previsto no artigo 44 do CP que deve ser reservado a crimes não equiparados a hediondo.**

[...]

O Tribunal de Justiça, ao manter a pena aplicada aos pacientes, disse o seguinte (fls. 344/351):

[...]

No que diz com as penas foram fixadas acima do mínimo: 7 anos de reclusão e 700 dias multa, em razão da quantidade de droga, reduzidas de 1/6 em virtude da menoridade dos recorrentes.

Em seguida as reprimendas foram reduzidas de 3/5, pela causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, resultando 2 anos e 4 meses de reclusão e 222 dias- multa.

Tais penas foram muito benéficas aos apelantes, considerando, justamente, a quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos. Mas ausente recurso da Promotoria Pública nada há que se fazer.

Esta Câmara Criminal vinha entendendo que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados e o é o tráfico de entorpecentes não admitiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mas considerando a Resolução nº 5, do Senado Federal, publicada em 15.02.2012, suspendendo a eficácia da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, passou a decidir que, em casos excepcionais, e presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível é o benefício.

Não é o caso dos autos, levando-se em conta a quantidade e nocividade dos tóxicos apreendidos - 208 porções de cocaína e 3 pedras de crack.

O regime será mesmo o inicial fechado, adequado à gravidade do crime praticado, equiparado aos hediondos, que merece rigorosa punição. O quantum da pena corporal não vincula regime prisional mais brando, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certo no entender desta Turma Julgadora que a conduta dos apelantes de terem em depósito e guardarem 208 porções de cocaína e 3 pedras crack, já justifica o regime mais gravoso.

Decide-se de acordo com a súmula.

Da leitura da sentença, verifico manifesta ilegalidade a ser sanada no que tange à revisão da fração da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Não em razão do grau do redutor utilizado propriamente, mas pela consideração da quantidade e da natureza das drogas apreendidas em duas fases da dosimetria.

Com efeito, a utilização de um mesmo argumento referente à natureza e à quantidade drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, a fim de evitar *bis in idem*.

Não se olvida do entendimento desta Corte Superior, inclusive o meu, no sentido de que seria possível a consideração da quantidade e/ou natureza da droga apreendida na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e, na terceira etapa, para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 229.694/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 3/2/2014).

Ocorre que, em recentes decisões, prolatadas em 19/12/2013, no julgamento dos HCs n. 112.776/MS e 109.193/MG, **o Plenário da Suprema Corte decidiu, por maioria, que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas com um condenado por tráfico de entorpecentes só podem ser usadas, durante a dosimetria da pena, na primeira ou na terceira etapa do cálculo e sempre de forma não cumulativa.** Embora ainda não se tenha acesso ao inteiro teor do acórdão proferido, verificou-se, no sítio eletrônico daquela Corte, que a ordem foi concedida em parte, para determinar ao Juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta aos pacientes (sem *bis in idem* quanto à natureza e à quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga), com fixação do regime prisional à luz do art. 33 do Código Penal. Na ocasião, os ministros acordaram decidir monocraticamente questões idênticas.

Nesse contexto, à vista do entendimento firmado na Suprema Corte, que será adotado inclusive em decisões unipessoais, não faz sentido decidir de outro modo, ainda que não exista caráter vinculante na decisão proferida, sob pena de se ferir os princípios da isonomia e da individualização da pena, tendo em vista que os réus que conseguirem levar seus recursos e impetrações até o Supremo Tribunal Federal terão assegurada a não ocorrência do mencionado *bis in idem*, ficando prejudicados aqueles réus que não fizerem o mesmo, pelos mais diversos motivos, seja desconhecimento, ausência de advogado ou recursos financeiros etc.

No caso, na primeira fase da dosimetria, o magistrado *a quo* aumentou a pena-base em 2 anos de reclusão em razão da *quantidade considerável e variável de substância entorpecente* encontrada com os pacientes. Na terceira etapa do cálculo da pena, o Juízo de piso observou que os réus faziam jus à diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, mas, *considerando a quantidade e a variedade de drogas apreendidas*, diminuiu a pena em 3/5.

Assim, com tal conduta, o Juízo de primeiro grau incidiu em *bis in idem*, devendo os autos retornarem a ele para que proceda à nova dosimetria.

Ademais, deve o Juízo de piso fundamentar o regime inicial a ser escolhido bem como a negativa de substituição de penas, os quais não podem ser negados ao réu sem que haja a devida motivação.

Nesse contexto, destaco que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e no art. 44 do mesmo diploma normativo, que impossibilitava a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos. A questão foi objeto, ainda, da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal. Assim, para que se negue o benefício da substituição, o magistrado deverá identificar a ausência do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, podendo invocar ainda os arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

E, ao julgar o HC n. 111.840/ES, o Plenário da Suprema Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados, entendimento acolhido por esta Corte Superior. Afasto, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado, estabelecida nas instâncias ordinárias, devendo o regime inicial ser estabelecido de maneira fundamentada.

Desse modo, a substituição e a fixação do regime inicial devem ser orientadas pelos parâmetros estabelecidos nos arts. 33 e 44 do Código Penal. E deve o magistrado observar o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 12.736/2012, computando o tempo de prisão dos pacientes para a fixação do regime inicial.

Por tudo que foi exposto, tenho que deve ser anulada a sentença de primeiro grau no que tange à dosimetria da pena dos pacientes.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. **De ofício, concedo** a ordem para determinar ao Juízo de piso que proceda à nova fixação da pena imposta aos pacientes Caíque de Sousa e Leandro Augusto Chaves, utilizando a natureza e a quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo das reprimendas, com fixação do regime prisional à luz do art. 33 do Código Penal, c/c o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, e analisando a possibilidade de substituição de penas à luz do disposto no art. 44 do Estatuto Repressivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0392051-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 283.306 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01008959620128260050 1008959620128260050 18802012 20130000491145

EM MESA

JULGADO: 13/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CAIQUE DE SOUSA
PACIENTE	: LEANDRO AUGUSTO CHAVES

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.