



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.843 - SP (2014/0308175-8)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DERALDINO GABRIEL DA CRUZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO RECURSAL. INVIABILIDADE. DROGAS. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA EM APENAS UMA DAS FASES DO CÁLCULO DA PENA. VEDAÇÃO AO *BIS IN IDEM*. POSICIONAMENTO ADOTADO NA SUPREMA CORTE EM REPERCUSSÃO GERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça 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.

2. A utilização da quantidade e qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de outro regime que não o fechado nos crimes de tráfico de drogas, se preenchidos os requisitos legais.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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 *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de maio de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.843 - SP (2014/0308175-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Deraldino Gabriel da Cruz**, apontando-se como autoridade coatora a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0010674-29.2010.8.26.0344).

Verifica-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, no regime integral fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque guardava, para fins de tráfico, 4,400 g de cocaína e 12 kg de maconha (fl. 200).

O recurso de apelação foi parcialmente provido apenas para alterar o regime prisional de integral fechado para inicial fechado (fl. 261).

Requer o impetrante, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para aplicar o redutor do § 4º da Lei n. 11.343/06 na fração de 2/3, bem como para fixar o regime inicial aberto, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Indeferi a liminar (fls. 283/284).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 309/312:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. PRECEDENTES DO STJ E STF. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. AFASTAMENTO, PELO STF, DA IMPOSIÇÃO LEGAL PREVISTA NO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 (HC 111.840/ES). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA QUE, NO CASO CONCRETO, NÃO SE MOSTRA VIÁVEL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS. VEDAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP. PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. MANIFESTA ILEGALIDADE. PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SOMENTE PARA QUE SEJA FIXADO REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.843 - SP (2014/0308175-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Primeiramente, observo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *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, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012; e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011.

Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Na espécie, há manifesto constrangimento ilegal.

No que se refere à tese de ilegalidade decorrente da não aplicação do redutor da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tenho que assiste razão ao impetrante.

No **julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que tal situação caracteriza *bis in idem***. É o que se extrai da notícia publicada no Informativo n. 733/STF, de 16 a 19 de dezembro de 2013:

[...]

Caracteriza *bis in idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006.

[...]

A Suprema Corte confirmou esse posicionamento em outros julgamentos, inclusive em recurso submetido à repercussão geral:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.

(ARE n. 666.334/AM, Ministro Gilmar Mendes, DJe 6/5/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (22 KG). CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA FIXAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO PLENO DO STF. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO DO QUE O PREVISTO SEGUNDO O SEU QUANTUM. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E GRANDE QUANTIDADE DO ENTORPECENTE ENCONTRADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. **As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes, apenas podem ser utilizadas, na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa.** Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MS, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki, Pleno, julgamento realizado em 19/12/2013.

2. **O magistrado sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, deve definir em que momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga há de ser utilizada, vedada a forma cumulativa sob pena de ocorrência de *bis in idem*.**

3. *In casu*, a) o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, (tráfico internacional de drogas), posto flagrado pela Polícia Rodoviária Federal, em um ônibus de viagem, transportando consigo 22 kg (vinte e dois quilogramas) de maconha, proveniente do Paraguai que seria revendida em Brasília/DF. b) O magistrado de primeiro grau e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consideraram a quantidade da droga apreendida em poder do paciente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizaram desse mesmo fundamento para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2 (metade). c) O Tribunal Regional Federal da 4ª Região fixou o regime semiaberto e vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pois, as peculiaridades do caso, tráfico internacional, “a quantidade significativa e o grande número de usuários que seriam atingidos com eventual comercialização, a substituição seria insuficiente para reprimir o delito em questão.”

4. No caso sub examine, o regime semiaberto foi devidamente fixado com fundamento na quantidade de droga apreendida, bem como nas circunstâncias do caso concreto. Precedentes: HC 108.487, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/09/2012 e RHC 101.278, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 21/05/2010.

5. A conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos depende do atendimento dos requisitos fixados no art. 44 do Código Penal, o que não ocorre na hipótese, uma vez que as circunstâncias de caso demonstram que a substituição da pena seria insuficiente e inadequada para reprovação e prevenção do delito.

6. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena.

(HC n. 120.604, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/3/2014)

A Sexta Turma desta Corte, diante da posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, passou a decidir no mesmo sentido:

[...]

1. A jurisprudência desta Corte estava sedimentada no sentido de que a utilização da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não caracteriza *bis in idem* (HC n. 229.691/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2013; AgRg no REsp n. 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20/11/2013).

2. No julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a utilização da quantidade e qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

3. Diante da posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

4. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.225.059/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 10/4/2014)

No caso em exame, esse foi o único fundamento utilizado pela Corte de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem para negar o patamar máximo de redução, sendo certo que o mesmo fundamento foi mencionado para justificar o aumento da pena-base (fls. 203 e 259/260).

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, de acordo com a Súmula 719/STF, *a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Além disso, na Sexta Turma, há precedentes segundo os quais, *com a edição da Lei n. 11.464/07, que modificou a redação da Lei n. 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime no crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso* (HC n. 181.057/SP, Ministro Og Fernandes, DJe 17/12/2010, HC n. 156.672/MG, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 4/4/2011 e HC n. 155.391/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/9/2010).

A Suprema Corte também firmou entendimento quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e quanto à fixação do regime aberto nos crimes de tráfico de drogas se preenchidos os requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010; e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011).

E o Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Também o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da proibição à substituição da reprimenda privativa de liberdade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(ARE n. 663.261, Ministro Luiz Fux, DJe 6/2/2013)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**, para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena, bem como para afastar a vedação legal ao regime menos gravoso, possibilitada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, cabendo ao magistrado de primeiro grau a verificação quanto ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0308175-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309.843 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010674292010826 00106742920108260344 10674292010826 106742920108260344
20130000653965 6532010

EM MESA

JULGADO: 21/05/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DERALDINO GABRIEL DA CRUZ

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.