



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.977 - SP (2015/0178221-1)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DE VAL RIBEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DA COSTA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DO MESMO DIPLOMA. *BIS IN IDEM*. CONSTATAÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXAME SUBMETIDO AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Na dosimetria do crime de tráfico de drogas, incorre em *bis in idem* o julgador que se vale da mesma justificativa (prática do crime em companhia de adolescente) para mensurar o grau de redução daquela minorante e para exasperar a pena pela incidência da majorante prevista no art. 40, VI, da mesma lei.

3. Constatado constrangimento ilegal a ser reparado, porquanto desobedecido o princípio da individualização da pena, a necessidade da fixação do novo *quantum* da pena imposta ao réu exige novo juízo referente ao regime prisional e à possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, a ser realizado na origem.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal *a quo* redimensione a pena aplicada ao paciente, afastando a dupla valoração, na terceira fase, da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, bem como defina o regime inicial prisional diante do novo panorama delineado, analisando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de novembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.977 - SP (2015/0178221-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUIZ DA COSTA SILVA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso na infração definida no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe imposta pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, por trazer consigo, em companhia de dois adolescentes, 59 porções de maconha.

Insurge-se a impetração contra o *quantum* de redução aplicado pela incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da lei mencionada, apontando a possibilidade de sua fixação no grau máximo de 2/3.

Requer, ainda, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, bem como a alteração do regime prisional para o aberto.

Indeferida a liminar pelo em. Ministro Francisco Falcão, no exercício da Presidência (fls. 189/191).

Prestadas as informações (fls. 200/217).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 222/225).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.977 - SP (2015/0178221-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida. Para fazer jus à referida benesse, portanto, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

No caso, o sentenciante, com o aval do Tribunal *a quo* (fl. 211), depois de considerar que "o réu é primário, não ostenta maus antecedentes criminais e nem há prova concreta nos autos de que integra qualquer organização criminosa" (fl. 122), valeu-se da majorante prevista no art. 40, VI, daquele diploma para aplicar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6 (fl. 122).

Ocorre que aquela causa de aumento, ainda na terceira fase da dosimetria, já havia sido considerada para exasperar a reprimenda em 1/6.

Tal constatação denota manifesto *bis in idem*, pois a mesma circunstância (prática do crime em companhia de adolescente) foi valorada em dois momentos: para mensurar o grau de redução da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e para exasperar a pena pela aplicação do disposto no art. 40, VI, da mesma Lei.

Nesse sentido, já se pronunciou o colendo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL. SÚMULA 691. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, necessário o afastamento do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 3. **Ocorrência de *bis in idem*. Majorante da prática do crime com o envolvimento de adolescente (art. 40, VI, da Lei 11.343/06) indevidamente valorada no dimensionamento da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06).** 4. A quantidade e a qualidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo. 5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou inválidas, para crimes de tráfico de drogas, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a imposição compulsória do regime inicial fechado. A questão há de ser apreciada pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais dos arts. 33 e 44 do Código Penal. 6. Ordem parcialmente concedida. (HC 118773, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014).

Desse modo, há constrangimento ilegal a ser reparado, porquanto desobedecido o princípio da individualização da pena.

A par disso, a necessidade da fixação do novo *quantum* da pena imposta ao réu também exige novo juízo referente ao regime prisional e à possibilidade de substituição da pena por restritiva de direitos.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. Todavia, CONCEDO a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem redimensione a pena aplicada ao paciente, afastando a dupla valoração da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, na terceira fase, bem como defina o regime inicial prisional diante do novo panorama delineado, analisando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0178221-1

HC 330.977 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00435743520148260050 435743520148260050

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JULIANA DE VAL RIBEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIZ DA COSTA SILVA (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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