



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.385 - SP (2014/0315768-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE : JONATHAN WILLIAN MOREIRA DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA. PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DO REDUTOR. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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. *In casu*, o Tribunal *a quo* fixou a pena acima do mínimo legalmente previsto, em razão da quantidade de droga — 8kg de maconha — e deixou de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por considerar que o montante de droga apreendida e a forma do seu acondicionamento afastam a idéia da eventualidade e evidenciam que o réu se dedica à atividade criminosa.

3. O Supremo Tribunal Federal, quando da análise da questão relativa à ocorrência ou não de *bis in idem* nessas hipóteses, preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na modulação, isto é, na definição do patamar da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

4. Na situação aqui retratada, não se verifica a ocorrência de *bis in idem*, já que a quantidade de droga não serviu para dosar o *quantum* de incidência da referida minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

5. Hipótese em que o juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda arrimado no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, enquanto o Tribunal *a quo* manteve referida orientação com base na hediondez do ilícito

6. Necessidade de se avaliar, à luz do novel entendimento, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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 maioria, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício em menor extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Gurgel de Faria os Srs. Ministros Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca. Votou vencido o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE). Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas (art. 162, § 2º do RISTJ).

Brasília, 1º de outubro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.385 - SP (2014/0315768-6)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE : JONATHAN WILLIAN MOREIRA DA SILVA

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o reconhecimento da intempestividade da apelação do Ministério Público, ou a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, e a sua substituição por sanção restritiva de direitos.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à alegada intempestividade do recurso interposto pela acusação, pacificou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a apresentação tardia das razões recursais configura simples irregularidade, que não tem o condão de tornar extemporâneo o apelo oportunamente apresentado

Confira-se:

**CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS
CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRÓPRIO. HOMICÍDIO SIMPLES. APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FORA DO PRAZO. MERA IRREGULARIDADE. (...) ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

02. "A apresentação intempestiva das razões de apelação do Ministério Público constitui mera irregularidade, que não impõe o seu desentranhamento e não impede o conhecimento do recurso de apelação quando interposto no prazo legal" (AgRg no REsp 1.419.193/SC, Rel. Ministra Marilza Maynard [Desembargadora convocada do TJ/SE], Sexta Turma, julgado em 15/05/2014; AgRg no HC n. 229.104/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 23.9.2013).

(...)

05. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC 256.366/RJ, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DAS RAZÕES RECURSAIS. MERA IRREGULARIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência pacificada, a apresentação intempestiva das razões de apelação do Ministério Público constitui mera irregularidade, que não impõe o seu desentranhamento e não impede o conhecimento do recurso de apelação quando interposto no prazo legal (AgRg no HC n. 229.104/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 23.9.2013).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1419193/SC, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 27/05/2014)

"HABEAS CORPUS". PECULATO E CONCUSSÃO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RAZÕES RECURSAIS. APRESENTAÇÃO TARDIA. MERA IRREGULARIDADE. PRECEDENTES. (...) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que a apresentação extemporânea das razões da apelação interposta pelo Ministério Público constitui mera irregularidade, não implicando o reconhecimento da intempestividade do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

5. Ordem parcialmente concedida de ofício para, anulando o acórdão na parte que dispôs sobre a dosimetria da pena, restabelecer as penas fixadas na sentença.

(HC 220.486/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014)

No caso dos autos, consoante destacado pela autoridade apontada como coatora, o órgão acusatório recorreu da sentença no mesmo dia em que foi dela intimado (e-STJ fl. 51), motivo pelo qual a apresentação tardia das respectivas razões não tem o condão de tornar intempestivo o reclamo.

Quanto à pretendida incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

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 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Na espécie, ao proferir sentença nos autos, a magistrada singular fixou a pena-base dos pacientes em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, aplicando a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas porque não haveria indícios de que pertenceriam a organização criminosa, motivo pelo qual reduziu a reprimenda a eles imposta em metade (e-STJ fl. 15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por sua vez, a Corte Estadual, ao dar parcial provimento ao recurso ministerial, considerou que a apreensão de 8 (oito) quilos de maconha em poder dos pacientes constituiria aspecto que deveria ser sopesado na primeira etapa da dosimetria, estabelecendo-lhes a reprimenda básica de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, que foi reduzida em 1/6 (um sexto) em face da atenuante da menoridade, perfazendo o total de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão (e-STJ fl. 43).

Em seguida, afastou o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas porque *"a vultuosa quantidade de entorpecente apreendida em poder dos acusados (8 kg de maconha, que poderiam, quando fracionados individualmente, chegar a 16.000 porções, com valor aproximado de R\$ 160.000,00) afasta a ideia de eventualidade, em razão da inviabilidade de sua comercialização de forma ocasional"*, o que revelaria que *"se tratava do meio de via dos recorrentes que, aliás, encontravam-se desempregados à época dos fatos"* (e-STJ fl. 43).

Assim, tendo a natureza e a quantidade de entorpecentes sido empregadas para afastar a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, inviável a sua utilização na primeira etapa do cálculo da reprimenda, motivo pelo qual se impõe a redução da sanção para o mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, mantém-se a redução da sanção em 1/6 (um sexto) em decorrência da menoridade dos réus, totalizando 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa.

Finalmente, é inviável o restabelecimento da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, pois, como visto, a Corte de origem entendeu inviável a incidência da benesse em questão pois a quantidade de substância ilícita apreendida - 8 (oito) quilos de maconha -, bem como as circunstâncias que envolveram o ato delituoso - prisão em flagrante dos acusados após denúncia anônima de que estariam comercializando entorpecentes -, permitiram a conclusão de que não se tratavam de traficantes ocasionais, mas se dedicavam rotineiramente ao tráfico ilícito de entorpecentes, ou seja, à atividade ilícita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, não se pode dizer que a instância ordinária impôs aos pacientes constrangimento ilegal, pois, entendendo que não preenchiam os requisitos para a aplicação da minorante em apreço, fundamentadamente rechaçou a sua incidência, consoante vem reiteradamente decidindo esta Corte Superior de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que a quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias do caso concreto, pode impedir a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - notadamente se ficar evidenciada a dedicação do agente à atividade criminosa - ou, então, ser utilizada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

2. No caso, a despeito da primariedade da acusada, a quantidade e a espécie de droga apreendida - 891,43g de cocaína -, além de outros apetrechos destinados ao fabrico de entorpecentes, são circunstâncias de caráter objetivo, que devem ser ponderadas para impedir a aplicação do aludido benefício, por serem indicadoras de que a ré participa de organização criminosa ou se dedica a atividades delituosas.

3. Pelos mesmos motivos, deve ser mantido o regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 481.344/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (913 PEDRAS DE CRACK; 453g DE MACONHA; PEDRA DE CRACK DE 46,3g) EVIDÊNCIA DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FATO INCONTROVERSO. ANÁLISE. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. NOVA VALORAÇÃO JURÍDICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A elevada quantidade de droga apreendida é fundamento idôneo para afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação do agente a atividade criminosa ou a sua participação em organização criminosa.

Precedentes.

2. A análise, em recurso especial, de fato incontroverso, devidamente estabelecido nas instâncias ordinárias, não caracteriza reexame fático-probatório vedado pela Súmula n. 7 do STJ, mas tão somente nova valoração jurídica.

3. Agravo regimental não provido

(AgRg no REsp 1345243/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015)

Ademais, para se entender de forma diversa, seria necessário o revolvimento fático, o que não é possível em via de *habeas corpus*, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 NEGADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA PELA CORTE DE ORIGEM POR ENTENDER QUE O PACIENTE PRATICAVA O TRÁFICO COM HABITUALIDADE. REGIME FECHADO FIXADO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. (...) NÃO CONHECIMENTO.

(...)

3. Mantida a negativa de redução da pena pelo Tribunal de origem, em razão da conclusão de que o paciente praticava o tráfico de entorpecentes com habitualidade, dedicando-se, pois, às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 322.650/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

III - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afirmando, expressamente, que o paciente se dedica a atividade criminosa. Para se infirmar tal assertiva, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do habeas corpus. (Precedentes).

IV - Condenação à pena definitiva de 5 (cinco) anos de reclusão em que fixada a pena-base acima do mínimo legal - porquanto considerada a quantidade de drogas, nos moldes do art. 42, da Lei 11.343/06 -, justifica, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, a imposição do regime inicial fechado. (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 309.229/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015)

Restando os pacientes definitivamente condenados à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, não é possível a sua substituição por reprimenda restritiva de direitos, já que não atendido o requisito objetivo previsto no *caput* do artigo 44 do Código Penal.

Finalmente, no tocante ao regime de cumprimento da sanção, tem-se que a togada sentenciante fixou o modo fechado em função do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (e-STJ fl. 15), o que foi mantido pela autoridade apontada como coatora (e-STJ fl. 44).

Contudo, a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado nos casos de condenação por crimes hediondos ou equiparados, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos e de forma incidental, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, da Relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27.6.2012.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que o dispositivo contraria a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, tal orientação não deve ser sumariamente descartada.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do artigo 33 do Estatuto Repressivo.

Portanto, afastando-se o fundamento que embasou a fixação e manutenção do regime inicial fechado, mostra-se necessária a análise dos termos insculpidos no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, para fins de determinar o modo prisional no qual os pacientes devem iniciar o cumprimento da sanção, o que deverá ser feita pelo Juízo competente.

Nessa esteira:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (...) REGIME FECHADO FUNDAMENTADO EXCLUSIVAMENTE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

3. *In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, situação que impõe o retorno dos autos à Corte de origem para que, analisando as circunstâncias do caso concreto, avalie a possibilidade de estabelecimento de regime diverso do fechado.*

(...)

5. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no REsp 1484122/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 13/11/2014)

Por tais razões, **não conheço** do writ, mas **concedo** habeas corpus de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para reduzir a pena imposta aos pacientes para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, além do pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, determinando-se que o Juízo competente analise o eventual preenchimento dos requisitos previstos para a escolha de regime inicial diverso do fechado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0315768-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.385 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00194210620128260050 194210620128260050 20140000336404 3912012

EM MESA

JULGADO: 01/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE	: JONATHAN WILLIAN MOREIRA DA SILVA

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria."

Aguardam os Srs. Ministros Felix Fischer, Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.385 - SP (2014/0315768-6)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JONATHAN MOREIRA DA SILVA e JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que os pacientes foram condenados à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso ministerial para reajustar a pena para 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega a intempestividade do recurso e aponta a ocorrência de *bis in idem* na decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, que teria considerado a quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base e para deixar de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer que tal fator interfira apenas na primeira fase da fixação da pena, bem como o retorno da aplicação da causa de diminuição, nos exatos termos da sentença.

Insurge-se a impetrante, ainda, contra o regime inicial fixado e pugna pelo direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 141/155).

O em. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), relator do feito, afastou a preliminar de intempestividade e proferiu voto no sentido de não conhecer da impetração e conceder a ordem, de ofício, para, reconhecendo a ocorrência de *bis in idem*, reduzir a pena imposta aos pacientes para 4 anos e 2 meses de reclusão, determinando o retorno dos autos ao juízo competente para analisar o preenchimento dos requisitos para a alteração do regime prisional.

Para melhor análise da questão, pedi vista dos autos.

Conforme relatado, o juízo sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal e aplicou a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas para reduzir a pena pela metade, tornando-a definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realizou nova dosimetria, nos seguintes termos:

Na hipótese dos autos, a apreensão de 8 Kg de maconha em poder dos recorrentes constitui aspecto que deve ser sopesado na primeira etapa do cálculo das penas,

Assim, fixa-se as penas-bases em 6 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 666 dias-multa, no piso legal.

Em virtude da incidência da atenuante da menoridade em benefício de ambos os recorrentes, as reprimendas são mitigadas na proporção de 1/6, perfazendo o total de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 555 dias-multa.

Quanto ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da lei em questão, "nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Note-se que, para fazer jus ao mencionado redutor, os acusados devem preencher todos os requisitos descritos no texto legal, de forma cumulativa - o que não ocorre na hipótese vertente.

Como bem assinalado no parecer ministerial, a vultosa quantidade de entorpecente apreendida em poder dos acusados (8 Kg de maconha, que poderiam, quando fracionados individualmente, chegar a 16.000 porções, com valor aproximado de R\$ 160.000,00) afasta a idéia de eventualidade, em razão da inviabilidade de sua comercialização de forma ocasional, pelo contrário, evidencia que se tratava de meio de vida dos recorrentes que, aliás, encontravam-se desempregados à época dos fatos (os documentos acostados aos autos apenas comprovam pretéritas atividades laborais).

[...]

Assim, nos termos do pleito ministerial, imperioso o afastamento do redutor previsto no § 4º, art. 33, da Lei 11.343/2006.

Na hipótese sob análise, a Corte *a quo* fixou a pena acima do mínimo legalmente previsto, em razão da quantidade de droga — 8kg de maconha — e deixou de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por considerar que o montante de droga apreendida e a forma do seu acondicionamento afastam a idéia da eventualidade e evidenciam que o réu se dedica à atividade criminosa.

Convém registrar que tal constatação não implica afirmar tenha ocorrido *bis in idem* na dosimetria da pena, pois, no paradigma pretoriano, o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, situação aqui não verificada, já que aquela circunstância não serviu para dosar o *quantum* de incidência da referida minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial e a ela pertine a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sujeita ao exame das condições individuais do agente e da conduta em concreto praticada. Conforme exclusão nele expressa, incabível sua aplicação quando o agente for reincidente, ostente maus antecedentes, se dedique a atividades criminosas ou integre grupo destinado a esse fim.

3. A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

4. Inocorrência de *bis in idem*.

5. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito. (HC 122594, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 07-10-2014) (grifos acrescidos).

Feitas essas considerações, entendo não caracterizado o *bis in idem* no presente caso.

Atinente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, o juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda arrimado naquele dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, enquanto o Tribunal *a quo* manteve aquela orientação com base na hediondez do ilícito (fls. 15 e 44).

Tal constatação denota a necessidade de se avaliar, à luz do novel entendimento, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, pois as instâncias ordinárias não procederem "à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (HC 300.544/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015).

Sendo assim, peço vênias para divergir do em. ministro relator, entendendo não configurada a hipótese de ocorrência de *bis in idem* e mantendo a pena fixada pelo Tribunal *a quo*.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus* e CONCEDO a ordem, de ofício, tão somente para manter a determinação de que o juízo de primeiro grau avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, superada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0315768-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.385 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00194210620128260050 194210620128260050 20140000336404 3912012

EM MESA

JULGADO: 22/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE	: JONATHAN WILLIAN MOREIRA DA SILVA

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício e o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício em menor extensão, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer".

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.385 - SP (2014/0315768-6)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA e de JONATHAN WILLIAN MOREIRA DA SILVA, onde consta como autoridade coatora a 3ª Câmara do e. Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião do julgamento da apelação n. 0019421-06.2012.8.26.0050.

Condenados inicialmente às penas de 2 anos e seis meses de reclusão mais o pagamento de 250 dias-multa, depois do apelo do Ministério Público, a pena foi majorada para 5 anos, 6 meses e vinte dias, mais o pagamento de 555 dias-multa.

Sustenta o impetrante que: a) o recurso ministerial é intempestivo; b) o Tribunal de Justiça incidiu em *bis in idem* pois usou o argumento da alta quantidade de droga tanto na primeira como na terceira fase da dosimetria da pena; e, c) os pacientes fazem jus ao regime inicial aberto, já que ambas as instâncias não apresentaram fundamentação idônea para o estabelecimento de regime inicial fechado.

A liminar foi indeferida pelo e. Min. Jorge Mussi, em 25/11/2014.

O MPF opinou pela concessão parcial da ordem para que o TJ/SP examinasse a possibilidade de regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

Na sessão de 01/09/2015, o e. relator, Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE) votou pelo não conhecimento do HC. Porém, conheceu de ofício a ordem, reconhecendo o *bis in idem*, para reduzir a pena imposta aos pacientes para 4 anos e dois meses de reclusão, além do pagamento de 417 dias multa, determinando-se que o juízo competente analise o eventual preenchimento dos requisitos previstos para escolha de regime inicial diverso do fechado.

Por ocasião da sessão de 22/09/2015, o e. Min. Gurgel de Faria levou seu voto vista divergente: não conheceu o *habeas corpus* e concedeu a ordem de ofício, tão somente para manter a determinação de que o juízo de primeiro grau avalie a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta aos pacientes, superada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado.

É o breve relatório.

Decido.

Quanto à **intempestividade** verifica-se que o MP recorreu na sentença imediatamente, no mesmo dia em que foi intimado (fl. 51). A juntada tardia das razões constitui mera irregularidade, como tem decidido esta c. Corte e devidamente ressaltado pelo e. relator:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RAZÕES RECURSAIS. APRESENTAÇÃO TARDIA. MERA IRREGULARIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. Segundo a jurisprudência pacificada, a apresentação intempestiva das razões de apelação do Ministério Público constitui mera irregularidade, que não impõe o seu desentranhamento e não impede o conhecimento do recurso de apelação quando interposto no prazo legal. 2. A defesa ofereceu contrarrazões ao recurso da acusação e lá não apresentou nenhuma insurgência quanto ao recebimento pelo Tribunal de Justiça das razões do Parquet, juntadas a destempo. Não há falar em nulidade, até porque não houve demonstração de prejuízo à defesa do paciente, como requer o art. 563 do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 229.104/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**).*

A celeuma se dá em relação à eventual *bis in idem*, pois, segundo a defesa, o critério **quantidade da droga** estaria sendo levado em consideração tanto na primeira fase, como na terceira fase da dosimetria da pena.

Com a devida vênia do e. relator, voto no sentido de acompanhar a divergência inaugurada pelo e. Min. Gurgel de Faria. De fato, a quantidade não foi utilizada para mensurar a digressão entre um sexto a dois terços da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. **Aliada a outros fatores**, tais como a **forma de acondicionamento e a desemprego dos pacientes**, a quantidade da droga colaborou na configuração *dedicação às atividades criminosas e à organização criminosa*, nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Consoante bem ressaltou o e. Min. Gurgel de Faria em seu voto vista:

"Na hipótese sob análise, a Corte a quo fixou a pena acima do mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legalmente previsto, em razão da quantidade da droga - 8 kg de maconha - e deixou de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por considerar que o montante de droga apreendida e a forma do seu acondicionamento afastam a ideia da eventualidade e evidenciam que o réu se dedica à atividade criminosa.

Convém registrar que tal constatação não implica afirmar tenha ocorrido bis in idem na dosimetria da pena, pois, no paradigma pretoriano, o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, situação aqui não verificada, já que aquela circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da referida minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado."

Com relação ao **regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade**, consoante bem ressaltaram os preclaros Ministros que me precederam na votação, o c. Supremo Tribunal Federal já declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, devendo ser observado o artigo 33 do Código Penal (HC n. 111.840/ES, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe-249, de 16/12/2013).

Neste caso, a d. magistrada sentenciante (fl. 15) e o e. TJ/SP (fl. 44) usaram justamente o dispositivo tido como inconstitucional como supedâneo para justificar o regime mais gravoso.

Assim, acompanho os e. Min. Lepoldo de Arruda Raposo e Gurgel de Faria para determinar que o juízo *a quo* analise o regime inicial de pena de acordo com os §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal.

Ante o exposto, com a devida vênia do e. relator, **acompanho integralmente a divergência inaugurada pelo e. Min. Gurgel de Faria.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0315768-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.385 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00194210620128260050 194210620128260050 20140000336404 3912012

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Relator para Acórdão

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE	: JONATHAN WILLIAN MOREIRA DA SILVA

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:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício em menor extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Gurgel de Faria os Srs. Ministros Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca.

Votou vencido o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas (art. 162, § 2º do RISTJ).