



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.835 - SP (2014/0294795-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLELIA LUCIA VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que as circunstâncias relativas à natureza e/ou à quantidade de drogas apreendidas só podem ser sopesadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa. Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não há razões para insistir na manutenção da tese contrária, até então sedimentada neste Superior Tribunal.

2. Deve ser reconhecida a ilegalidade na individualização da pena, pois a instância antecedente utilizou o mesmo fundamento (elevada quantidade de drogas) para justificar tanto a exasperação da pena-base da paciente quanto a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, no patamar de 1/6.

3. O Juiz de primeiro grau, ao proceder à nova dosimetria da pena, deverá observar que, mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Magistrado de primeiro grau proceda à nova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena – com a utilização da quantidade da droga em somente uma das etapas da dosimetria – e analise a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial diverso do fechado, à luz do disposto no art. 33 do CP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.835 - SP (2014/0294795-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLELIA LUCIA VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CLELIA LUCIA VIEIRA DOS SANTOS, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0000357-12.2012.8.26.0405.

A paciente foi condenada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 670 dias-multa, como incursa no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesta Corte, a Defensoria Pública sustenta que a ré preenche todos os pressupostos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e que a grande quantidade de droga apreendida não pode impedir a aplicação da minorante, máxime porque foi sopesada na primeira fase da dosimetria. Ademais, seria possível a fixação do regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena, à vista da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, por tais motivos: a) a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em grau máximo e b) a fixação de regime prisional diverso do fechado.

Liminar indeferida (fls. 66-67). O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para que seja diminuída a pena-base da ré, mas seja mantido o afastamento da causa de diminuição de pena, e para que o juízo de origem de manifeste sobre a possibilidade de fixação de regime inicial diverso do fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.835 - SP (2014/0294795-1) EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que as circunstâncias relativas à natureza e/ou à quantidade de drogas apreendidas só podem ser sopesadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa. Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não há razões para insistir na manutenção da tese contrária, até então sedimentada neste Superior Tribunal.

2. Deve ser reconhecida a ilegalidade na individualização da pena, pois a instância antecedente utilizou o mesmo fundamento (elevada quantidade de drogas) para justificar tanto a exasperação da pena-base da paciente quanto a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, no patamar de 1/6.

3. O Juiz de primeiro grau, ao proceder à nova dosimetria da pena, deverá observar que, mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena – com a utilização da quantidade da droga em somente uma das etapas da dosimetria – e analise a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial diverso do fechado, à luz do disposto no art. 33 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade** que reclama a concessão da ordem, de ofício.

I. Contextualização

A paciente foi condenada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 670 dias-multa, como incursa no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Conforme o apurado, em 28/12/2011, a ré "trazia consigo, para fins de entrega a terceiros, 95 (noventa e cinco) cápsulas de plástico tipo *eppendorff*, com 58,61 gramas de cocaína; 456 (quatrocentos e cinquenta e seis cápsulas) tipo *eppendorff* com 72,91 gramas de *crack* e um papelote em segmento amarelo de 168,45 gramas de cocaína" (fl. 54).

A defesa **não colacionou aos autos da impetração a cópia da sentença condenatória**, mas, a teor do acórdão impugnado, percebe-se que "A pena base da acusada foi fixada acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias multa em razão da **grande quantidade de droga apreendida** com ela, qual seja, 456 (quatrocentos e cinquenta e seis) pedras de *crack* e 95 (noventa e cinco) cápsulas de cocaína" (fl. 59).

Na terceira fase da dosimetria, a instância antecedente deixou de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois: "**ante a significativa quantidade de droga encontrada**, a acusada deveria se dedicar a atividades criminosas, pois, não parece crível que fosse confiada a um desconhecido a comercialização de tantos entorpecentes" (fl. 60).

II. Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, 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."

Assim, o dispositivo legal estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição de pena.

Nesse contexto, tanto a Quinta Turma quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deveriam ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

Contudo, no julgamento dos HCs. n. 109.193 e 112.776, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que **as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa.** Esse fato privilegia, de acordo com o relator (Ministro Teori Zavascki), o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Com a devida vênia, ousou discordar de tal posicionamento.

Isso porque, seguindo a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, entendo que, na primeira fase, a quantidade e a natureza da droga apreendida são usadas como circunstância judicial, indicativas da intensidade da lesão à saúde pública, e, na terceira, como reveladoras do grau de envolvimento do acusado com o narcotráfico.

Não se pode olvidar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33 da mencionada lei federal.

Entretanto, ante o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entendo que, embora a referida decisão não seja dotada de caráter vinculante, **não há razões para insistir na manutenção da tese contrária, até então sedimentada neste Superior Tribunal, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.**

Aliás, em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria da pena.**

Sobre a questão posta em discussão, menciono o seguinte julgado desta Sexta Turma, em que já se seguiu a compreensão consagrada pelo Plenário da Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E POTENCIALIDADE LESIVA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

[...]

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

(HC 294.636/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 29/9/2014).

No referido julgado, determinou-se que o magistrado de primeiro grau procedesse à nova dosimetria da pena, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga somente em uma das etapas da dosimetria.

Igualmente, menciono o seguinte precedente da **Corte Suprema**, seguindo a orientação firmada pelo Pleno:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA.

1. A escolha do patamar de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não prescinde de adequada fundamentação.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. Ordem de *habeas corpus* concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida.

(HC n. 123.999/MT, Relatora Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 28/10/2014)

A Segunda Turma do Supremo Tribunal possui idêntica compreensão sobre o tema. A propósito, o HC n. 123.534/RJ, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, DJe 10/10/2014.

Dessa forma, uma vez que a instância antecedente utilizou o mesmo fundamento (elevada quantidade de drogas) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 no patamar de 1/6, tenho como evidenciado o constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima a paciente, por ofensa ao princípio do *non bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Regime prisional inicial

No ponto, ausente cópia da sentença condenatória que fixou ao paciente o regime inicial fechado, mostra-se inviável o exame do alegado constrangimento ilegal, pois não há como identificar os fundamentos elencados pelo Juiz de primeiro grau para fixar o modo mais gravoso de cumprimento de pena.

Contudo, como será realizada nova dosimetria da pena, destaco que, mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a **quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (natureza/quantidade da droga), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Com efeito, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera invocação desse dispositivo – como foi feito, ao menos, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Por tais motivos, o Juízo de primeiro grau, ao proceder à nova dosimetria da pena, deverá avaliar a possibilidade de imposição de regime prisional diverso do fechado, à luz do art. 33 do Código Penal.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Entretanto, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a **conceder a ordem** postulada, de ofício, para determinar que **o Juiz de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena**, com a utilização da quantidade e/ou natureza da droga em somente uma das etapas da dosimetria e, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, **analise a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial diverso do fechado, à luz do disposto no art. 33 do CP.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0294795-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308.835 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003511220128260405 102012 20140000489771 3511220128260405

EM MESA

JULGADO: 28/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLELIA LUCIA VIEIRA DOS SANTOS (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 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 Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.