



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.486 - SP (2012/0055033-9)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : TATIANA MENDES SOARES SIMÕES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGA APREENDIDA (5,2 GRAMAS DE COCAÍNA E 6,4 GRAMAS DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A utilização concomitante da quantidade e natureza de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura *bis in idem*.

In casu, a pena-base foi exacerbada em 1/12 em razão da natureza da droga apreendida (cocaína), sendo que na terceira fase, a Corte estadual reduziu para 1/6 a fração da causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos.

Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "*tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

3. O Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado motivadamente e em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso dos autos, a despeito do Tribunal *a quo* ter motivado a fixação do regime inicial fechado com base especialmente na natureza da droga (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, pois, considerando a quantidade da droga apreendida ter sido ínfima, a causa redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas aplicada no patamar máximo (2/3), somadas ainda ao *quantum* da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão), a primariedade e ao fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, faz jus o paciente ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

4. O art. 44 do CP é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, verificando-se, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que as circunstâncias judiciais favorecem o paciente e a quantidade de drogas apreendidas não foi expressiva.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 02 de maio de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.486 - SP (2012/0055033-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : TATIANA MENDES SOARES SIMÕES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX VIEIRA DOS SANTOS em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, nos autos da Apelação n. 0084112-68.2008.8.26.0050, negou provimento ao recurso defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06, às penas de 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 453 (quatrocentos e cinquenta e três) dias-multa.

Interposta apelação, buscou-se a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Subsidiariamente, postulou-se a redução da pena-base, a compensação com a atenuante da menoridade e a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei, na fração máxima, bem assim o afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas. Examinando o apelo, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou-lhe provimento(fls. 23/32).

No presente *writ*, a defesa alega que, tendo sido a pena-base aumentada em razão da natureza da droga, "*o v. acórdão acabou por aumentar a pena-base com base na gravidade em abstrato do delito, sem se atentar a qualquer elemento concreto do caso*" (fl. 2)

Assevera que na segunda fase da dosimetria deve ser compensado o aumento da pena-base com a atenuante da menoridade do paciente.

Defende que a quantidade da droga não pode se usada para exasperar a pena-base e ao mesmo tempo definir o fator de redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob pena de *bis in idem*.

Por fim, aduz que "*A previsão do novo parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que estabelece o regime inicial fechado, não pode obstar a fixação de regime mais adequado ao paciente, que possui circunstâncias favoráveis, em atendimento ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio da individualização da pena, da culpabilidade e da proporcional idade." (fl. 5)

Pede, liminarmente, que o paciente seja colocado em liberdade.

No mérito, requer a concessão definitiva da ordem, para que *"seja diminuída a pena aplicada, modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituída esta pela pena restritiva de direitos."* (fl. 11)

Indeferido o pedido liminar (fls. 40/41) e prestadas as informações pela autoridade coatora (fls. 50/70), o Ministério Público Federal, às fls. 74/95, opinou pelo conhecimento do *mandamus* e pela denegação da ordem.

No dia 20/4/2017, em contato telefônico com a 15.^a Vara Criminal da Capital/SP, obteve-se a informação de que o paciente ainda não começou a cumprir a pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.486 - SP (2012/0055033-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena aplicada, a modificação do regime inicial para o aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No caso, o paciente foi preso em flagrante na posse de **5,2 gramas de cocaína**, distribuídos em oito pinos plásticos de pó e uma pedra de crack, embalada em plástico, e **6,4 gramas de maconha**, acondicionados em quatro papелotes de plástico transparente.

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado a pena nos seguintes termos:

"[...]"

A pena-base será fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a especial circunstância de se tratar de parte da droga apreendida de cocaína, entorpecente este que causa dependência química, vulnerando com maior intensidade a saúde pública pelos deletérios efeitos à integridade física dos consumidores da droga, havendo, assim, maior desvalor da conduta do acusado quando comparado, por exemplo, com a conduta relativas a outras drogas, como por exemplo, o cloreto de etila, impondo-se a exasperação da pena.

Fixo, em razão destas circunstâncias, a pena-base em 6 anos de reclusão e 500 dias-multa, no piso legal.

Pela menoridade, reduzo a reprimenda para 5 anos e 6 meses de reclusão e 500 dias-multa.

Elevo em 1/6 a pena por força do art. 40, III, da Lei de Drogas, perfazendo esta 6 anos e 5 meses de reclusão e 543 dias-multa.

Porque primário e porque pequena a quantidade de droga apreendida, reduzo, ainda, a pena em 1/6 em face do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, redução no patamar mínimo, tendo em vista a natureza da droga apreendida - cocaína - que vulnera com maior intensidade a saúde pública. Perfaz, pois, a reprimenda 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão e 453 dias-multa.

O regime de cumprimento de pena será o inicial fechado, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida, e, ainda, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância do crime de tráfico de drogas ser por demais grave, sendo certo que atualmente é o crime que mais vêm gerando violência no país, impondo-se reconhecer a necessidade da fixação do regime de cumprimento de pena mais rigoroso, sendo certo que não cabe mais a fixação do regime integral fechado, ante a revogação da Lei dos Crimes Hediondos neste aspecto.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para, afastado o art. 40, 11, da Lei 11343/06, CONDENAR ALEX VIEIRA DOS SANTOS à pena de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 453 dias-multa, no mínimo unitário, por infração aos art. 33 c.c. art. 40, 111, todos da Lei nº 11.343/06;

Porque respondeu em liberdade ao processo e não possui antecedentes criminais, faz jus o acusado a recorrer em liberdade." (fls. 19/20)

Em apelação da defesa, o Tribunal a quo manteve incólume a sentença, consignando:

"As penas não comportam reparo. A base foi fixada acima do mínimo em razão da natureza da droga apreendida. E a decisão, nesse ponto, merece ser prestigiada, porque fundamentada com lastro no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, considerada a altíssima lesividade do entorpecente, a autorizar a majoração. A legislação autoriza o recrudescimento da sanção em relação à natureza da droga.

E com razão, pois de senso técnico e comum que existem entorpecentes mais lesivos e com maior potencial de viciar do que outros. E quem os comercializa merece uma maior repressão por parte do Estado. A base, assim, foi bem estabelecida em 6 anos de reclusão e 500 dias-multa (mínimo). Na segunda fase de fixação da pena, houve redução pela atenuante da menoridade, para 5 anos e 6 meses de reclusão e 500 dias-multa, o que está correto. Na terceira fase, houve novo acréscimo, de 1/6, em razão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. E por fim, houve redução de 1/6. As penas restaram cristalizadas, então, em 5 anos, 4 meses, e 5 dias de reclusão e 453 dias-multa, no piso.

O regime para o tráfico ilícito de entorpecentes, inicial fechado, decorre de lei (Lei nº 11.464/07). E não havia como fixar regime diverso, dada a gravidade da conduta e a periculosidade do acusado, aferida de forma objetiva nos autos.

A substituição da pena corporal por restritiva de direitos, de outra parte, é benefício incompatível com a gravidade da ação. Se o réu praticou delito grave, assemelhado a hediondo pela legislação federal, e se em razão disso foi fixado o regime fechado, como se cogitar de substituição da sanção por restritivas de direitos? É questão de bom senso e suficiência da sanção. Não bastasse isso, condutas como as do acusado disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. Há, portanto, clara incompatibilidade entre o instituto e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza do delito examinado.

Pelo meu voto, pois, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso. Expeça-se mandado de prisão." (fls. 30/32.)

De início, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pela Corte estadual na natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tal circunstância em relação às demais previstas no art. 59 do CP. Na segunda fase, houve uma redução de 1/6 pela atenuante da menoridade relativa. Na terceira fase, houve um acréscimo de 1/6, em razão da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, e, por fim, aplicou-se a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar mínimo, pelos mesmos fundamentos utilizados na majoração da primeira fase.

Esta Corte firmou o entendimento de que há *bis in idem* quando esse elemento é utilizado para elevar a pena-base e também para modular a fração da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso dos autos, em que o Juiz sentenciante, ao fixar a pena do paciente, levou em consideração a natureza da droga (cocaína) tanto na primeira quanto na terceira fase.

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados desta egrégia Quinta Turma:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS TAMBÉM UTILIZADAS NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.

3. Contudo, em atenção ao que decidido pelo Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, para se evitar a ocorrência de bis in idem, pois o mesmo critério, qual seja, a quantidade e a natureza da droga, não pode ser adotado para agravar a reprimenda básica e para justificar a fração do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, reduz-se a pena-base do acusado para o mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe são favoráveis.

[...]

4. Diante da quantidade de reprimenda imposta ao acusado, e, tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal lhe foram consideradas favoráveis, impõe-se a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando atendidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

2. Na hipótese em apreço, não se encontram preenchidos os pressupostos legais subjetivos para a concessão da benesse, haja vista a diversidade da droga apreendida. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva (HC 359.735/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2016).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

9. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

10. Não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza, da quantidade e da variedade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11. Esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que a dupla valoração da natureza, da quantidade e da variedade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

12. Hipótese em que o Juízo sentenciante considerou a quantidade e a natureza de entorpecentes apreendidos tanto para elevar a pena-base como para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, em desacordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, o que foi ratificado pelo Tribunal de origem.

13. Sendo manifesta a coação ilegal imposta ao paciente, é de rigor a concessão da ordem de ofício para que a Corte a quo proceda ao refazimento da pena, afastando o *bis in idem* identificado, para que seja considerada a quantidade, a natureza e a diversidade da droga, apenas, em uma etapa da dosimetria.

14. Pleitos defensivos de alteração do regime prisional e substituição da pena por restritivas de direitos que ficam prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

15. A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

16. A Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões, contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos". Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

17. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, e, assim, afaste o *bis in idem* ora identificado e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP e a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos (HC 363.327/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/09/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NOVA DOSIMETRIA A SER REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUDICADAS AS MATÉRIAS RELATIVAS À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.**

3. **Na espécie, as instâncias ordinárias levaram em consideração a quantidade da droga apreendida tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.**

4. Diante da possibilidade de alteração da pena do paciente, fica prejudicada a análise do pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que as matérias serão reapreciadas quando da nova fixação da reprimenda.

5. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal local proceda à nova dosimetria das penas dos pacientes, utilizando a natureza e variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena (HC 295.316/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

Impende salientar que se trata da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para **modular** a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, passo à nova análise de dosimetria da pena.

De início, é necessário afastar o aumento procedido na pena-base, reduzindo-a para o mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa –, dada a ausência de outras circunstâncias judiciais negativas.

Na segunda fase, em que pese o reconhecimento da atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menoridade relativa, a reprimenda permanece inalterada em face da incidência do enunciado n. 231 das Súmulas do STJ.

No mesmo sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Os elementos apresentados abstratamente pelo Juízo sentenciante não são suficientes para fundamentar a fixação do patamar da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, abaixo do patamar máximo, tão pouco para afastá-la, tendo em vista que deve se valer de dados concretos que evidenciem que o réu se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa, e não apenas da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

3. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), esta Corte tem decidido que configura bis in idem a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, determinando que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria.

4. Hipótese em que a concessão da discricionariedade à Corte a quo para afastar as circunstâncias preponderantes do art. 42 da Lei 11.343/2006 na primeira ou na terceira fase poderia agravar a pena do paciente, incorrendo no vedado reformatio in pejus, o que demanda a atuação deste Tribunal Superior.

5. Afastada a consideração da quantidade e da qualidade da droga na primeira fase, e consideradas favoráveis as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixa-se a pena em seu mínimo legal (5 anos), a qual se mantém na segunda etapa, em obediência à Súmula 231 do STJ, a qual obsta sua redução aquém do mínimo legalmente previsto em razão do reconhecimento da menoridade relativa.

6. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

7. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/4, com fundamento na quantidade e variedade da droga apreendida (uma porção de cocaína, pesando 32g, e 120 porções de crack, pesando 19,9g), o qual deve ser mantido por não se mostrar desproporcional.

8. Estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 9 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

9. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar o bis in idem identificado e confirmar a pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva." (HC 297.304/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016; sem grifos no original)

Na terceira fase, mantenho a fração de 1/6, em razão da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, e, tendo em vista que o paciente não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, e foi surpreendido com **5,2 gramas de cocaína e 6,4 gramas de maconha**, aplico a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração máxima de 2/3, tornando definitiva a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do STF, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado motivadamente e em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese dos autos, as instâncias originárias fundamentaram a fixação do regime inicial fechado com base especialmente na natureza da droga apreendida (cocaína), fundamento, em princípio, idôneo para a fixação de regime inicial mais gravoso.

No entanto, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, a meu ver, a quantidade da droga apreendida foi ínfima (5,2 gramas de cocaína e 6,4 gramas de maconha).

Assim, aplicada a causa redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3), somadas ainda ao *quantum* da condenação (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão), a primariedade e ao fato de não terem sido apontadas outras circunstâncias desfavoráveis, entendo que o paciente faz jus ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ADEQUAÇÃO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Embora a Corte de origem tenha apresentado fundamento válido para a escolha do regime prisional mais grave, consoante as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, in casu, considerando a primariedade do paciente, a aferição favorável das circunstâncias judiciais, assim como a não significativa quantidade de droga apreendida (18 pedras de crack), o modo semiaberto é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 372.382/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/03/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL ABERTO.

1. O regime mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

2. Hipótese em que o regime semiaberto foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base na natureza e quantidade de droga apreendida.

Verificando-se inexpressiva a quantidade de entorpecentes apreendida, deve ser afastado tal fundamento.

3. In casu, constatada a primariedade, ausência de circunstâncias desfavoráveis e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos faz jus o paciente ao regime aberto.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 371.412/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017).

No que se refere à substituição da pena por restritiva de direitos, constato que, no julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o referido benefício, nos termos do art. 44 do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no referido dispositivo, na medida em que as circunstâncias judiciais o favorecem e a quantidade de droga apreendida não foi expressiva. Assim, o acórdão impugnado merece reparo também quanto a esse ponto. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770g), 2 pinos de cocaína (1,61g) e 3 pedras de crack (2.07g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

CONSTITUCIONAL E PENA. HC. RECEPÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO DESMOTIVADO. SÚMULA/STJ 440. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Colegiado de origem não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de receptação, não se mostra razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

4. Nos termos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal, se aplicada pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o crime não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, desde que o réu não seja reincidente pela prática de crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem a suficiência da medida, poderá a sanção corporal ser convertida em restritiva de direitos. Precedentes.

5. Malgrado preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, verifica-se não que o acórdão condenatório olvidou-se de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo a condenação transitado em julgado.

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz das Execuções Criminais (HC 348.418/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0055033-9

HC 236.486 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 151908 15192008 50080841120 841126820082260050

EM MESA

JULGADO: 02/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TATIANA MENDES SOARES SIMÕES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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