



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.509 - AC (2015/0000383-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : MARIA DA CONCEIÇÃO MARTINS FERREIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS GENÉRICOS. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *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. Carece de motivação válida a decisão que deixa de indicar elementos concretos para entender como reprováveis a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos e as consequências do crime, em manifesto desacordo, portanto, com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

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.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais e determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* identificado, com a readequação do regime prisional, nos termos do art. 33 do CP, assim como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme o art. 44 do CP .

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.509 - AC (2015/0000383-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : MARIA DA CONCEIÇÃO MARTINS FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **MARIA DA CONCEIÇÃO MARTINS FERREIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

Consta nos autos que a paciente foi condenada, com outros corréus, à pena de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Interposto recurso especial, foi inadmitido, assim como o respectivo agravo não foi conhecido.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena aplicada, alegando que, em que pese a quantidade da droga possa ser utilizada para exasperar a pena-base, o *quantum* aplicado mostra-se desproporcional, por se tratar de pouco mais de um quilo de cocaína, sustentando ainda que, ao sopesá-la na primeira e na terceira etapa da dosimetria, as instâncias ordinárias incorreram no vedado *bis in idem*.

Aduz que a causa especial de diminuição deve ser fixada em seu patamar máximo, haja vista que a paciente preenche todos os requisitos legais previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Destaca, ainda, que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cabendo, na hipótese, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ao final, requer que a pena-base seja fixada no mínimo legal e que o redutor pelo tráfico privilegiado seja aplicado em seu patamar máximo, bem como seja fixado regime mais brando, convertendo-o em restritivas de direitos.

Sem pedido liminar. Informações prestadas (e-STJ, fls. 119-120).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 159-160).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.509 - AC (2015/0000383-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : MARIA DA CONCEIÇÃO MARTINS FERREIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS GENÉRICOS. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *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. Carece de motivação válida a decisão que deixa de indicar elementos concretos para entender como reprováveis a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos e as consequências do crime, em manifesto desacordo, portanto, com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.
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.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais e determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* identificado, com a readequação do regime prisional, nos termos do art. 33 do CP, assim como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme o art. 44 do CP.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O Magistrado de primeiro grau procedeu à individualização da pena em decisão assim motivada (e-STJ, fls. 55-60):

"Dosimetria para a acusada Maria da Conceição Martins Ferreira, no que tange ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06:

Primeira fase:

Acerca da *culpabilidade*, tem-se, que nesta etapa, deve-se abordar o menor ou maior índice de reprovabilidade do agente, não só em razão de suas condições pessoais, mas também levando-se em consideração a situação em que o fato delituoso ocorreu.

[...]

Após um estudo detalhado dos autos, entendo que a culpabilidade merece um grau de reprovação acentuado.

Não registra antecedentes criminais, conforme certidão de fls. 277.

[...]

Pois bem. Após um aguçado estudo dos autos, entendo que não há elementos capazes de taxar a conduta social anterior aos fatos, por parte da acusada, como inadequada.

A personalidade do agente não pode ser aferida pelo profissional do Direito. Cada indivíduo possui predicados próprios de sua personalidade, e o Magistrado, a meu ver, não dispõe de conhecimento suficiente para embasar um estudo a respeito da matéria.

Daí afirmar que tal análise deve ser elaborada por Psicólogo ou por outro profissional habilitado.

[...]

Pelas razões expostas, abro mão de pronunciar qualquer abordagem em deferência da personalidade da acusada, tendo em vista que a matéria foge da alçada deste Julgador.

Os motivos do crime estão relacionados aos fatores que levaram o agente a praticar o delito. Podem ser dignos ou desprezíveis. Entendo que no caso dos autos ficou patente que os motivos que levaram a acusada adquirir, ter em depósito, trazer consigo e/ou guardar a droga era o lucro fácil, às custas do vício alheio, fato este de grande valia para exacerbação da pena.

Sobre as circunstâncias do crime, deve-se analisar as circunstâncias que circundam o exercício criminoso em debate, tais como: lugar, maneira de agir, ocasião, etc.. *In casu*, a quantidade, qual seja **02(duas) 'porções' de cocaína, pesando 1.038,49g (um quilo, trinta e oito gramas e quarenta e nove centigramas)**, conforme Laudo de Exame Toxicológico, fls. 193/194, e a qualidade da substância apreendida justificam uma majoração da pena-base, como bem salientou o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar:

[...]

No que diz respeito às conseqüências do crime, os efeitos da conduta do agente, para a vítima ou para a coletividade, são de natureza grave, pois a conduta da acusada visou colocar em circulação, para consumo, grande quantidade de substância entorpecente, a qual, com certeza, tornar-se-ia causa de malefício irreversível para a sociedade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O comportamento da vítima em nada influenciou para a prática do crime em apreço, o que justifica um agravamento da pena neste instante.

Diante desses fatos, **FIXO a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.**

Segunda Fase:

Atenuo a pena em 12 (doze) meses, ante a atenuante da confissão. Inexistem agravantes a serem consideradas.

Terceira Fase:

Aplico o redutor do parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em **1/6 (um sexto)**, ante a quantidade e nocividade da substância entorpecente apreendida.

[...]

Torno a **pena concreta e definitiva** no patamar de **4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão.**

Aplico, ainda, a **pena de multa**, consistindo em **500 (quinhentos) dias-multa**, no mínimo legal.

O regime de cumprimento da pena será o **inicialmente Fechado.**"

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 85):

"Apelação da acusada Maria da Conceição Martins Ferreira

Em seu recurso de apelação requer a absolvição (Art. 386, IV e VII, do CPP), a redução do *quantum* da pena-base ao patamar mínimo, bem como a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em seu grau máximo.

O apelo não merece prosperar.

A pretensão absolutória não deve ser deferida, por se tratar de ré confessa, senão vejamos alguns trechos de suas declarações prestadas perante a autoridade judiciária (cf. CD anexo):

"... **Eu tinha ido pra Brasileia** (...) precisando de dinheiro (...) única coisa que eu consegui foi droga (...) teve um rapaz (...), lá do bairro (...) mexe com isso (...) Raimundo (...) ele me ofereceu pra mim ir pra Brasileia pegar essa mercadoria lá (...) o Raimundo (...) eu não sei pra quem **eu ia entregar a mercadoria** aqui em Rio Branco (...) ele me deu um número de um telefone pra mim ligar pro pessoal pegar essa mercadoria na corrente (...)"

Desta forma, voto pelo indeferimento do pedido de absolvição.

Tocante a redução da pena-base ao mínimo legal, de igual forma não merece prosperar.

A pena-base fixada pelo Juiz *a quo* pouco acima do patamar mínimo se justifica em face da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (Art. 59 do CP) e a preponderância do Art. 42 da Lei 11.343/06, neste caso trata-se de considerável quantidade de cocaína apreendida (pouco mais de um quilo) com potencialidade de lesão à saúde pública, razão pela qual mantenho a pena-base aplicada pelo Juízo *a quo*.

Em relação ao benefício do § 4º previsto no Art. 33 da Lei 11.343/06 no patamar máximo (2/3), entendo que a apelante não faz jus.

É cediço que o preenchimento das exigências do Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não autoriza, automaticamente, a concessão do benefício no patamar máximo, pois não se trata de uma obrigação do Juiz, mas de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faculdade. Nessa senda, para aplicação do benefício devem ser consideradas a quantidade e/ou espécie de droga objeto do crime.

Perlustrando os autos cinge-se a natureza do entorpecente - cocaína, que detém como causa um grande poder de dependência e prejudicialidade à saúde pública, intrínseco a uma grande quantidade capaz de atingir um grande número de famílias pelo objeto do crime.

Assim, tenho por acertado o posicionamento do Magistrado em aplicar a causa de diminuição do § 4º no seu mínimo legal, em vista do que voto pela manutenção do *quantum* mínimo aplicado."

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Na hipótese, foram valoradas negativamente, além da quantidade e natureza do entorpecente apreendido, os motivos e as consequências do crime, o que implicou a majoração da pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses.

Em que pese a existência de certo grau de discricionariedade no cálculo da pena, verifica-se que, ressalvada a aferição desfavorável das circunstâncias do crime, a decisão impugnada carece de motivação válida, pois o julgador deixou de indicar elementos concretos dos autos pelos quais entendeu serem reprováveis os motivos e as consequências do delito, em manifesto desacordo, portanto, com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena, como se constata na espécie.

Quanto ao tema, o seguinte julgado:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ANTIGA REDAÇÃO). ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. PLEITO DE NULIDADE PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE DA PARTE. MATÉRIA PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVOS DOS CRIMES. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM FATORES INERENTES AOS DELITOS PRATICADOS. INADMISSIBILIDADE. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PERSONALIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CULPABILIDADE. FUNDAMENTOS CONCRETOS. REPROVABILIDADE DA CONDUTA QUE EXTRAPOLA A COMUM AO TIPO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas.

3. Se a declaração de nulidade pretendida pelo impetrante perpassa necessariamente pela análise de matéria fática, cumpre ressaltar a impropriedade da via eleita para tal fim, dada a necessidade de reexame do material cognitivo produzido nos autos, para se infirmar o entendimento assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas.

4. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal. Assim, a culpabilidade e os motivos do crime de atentado violento ao pudor, bem os motivos do crime de roubo não devem ser considerados de forma desfavorável para a elevação das penas-base.

5. As ações penais em andamento, sem notícia de trânsito em julgado, não justificam o aumento da pena-base, seja como maus antecedentes, ou como personalidade voltada à prática de delitos. Inteligência da Súmula 444/STJ.

6. No tocante à culpabilidade do crime de roubo, a valoração negativa da vetorial foi corretamente empreendida, visto que, conforme expressamente disposto no acórdão atacado, o *modus operandi* empregado no intento criminoso, ultrapassou a reprovabilidade comum à espécie.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 7 anos e 8 meses de reclusão, além de 14 dias-multa, em regime inicial fechado."

(HC 164.999/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/11/2015, grifou-se.)

Assim, afastadas as citadas circunstâncias judiciais como desfavoráveis à ré, permanecem apenas a quantidade e a natureza da droga como fundamento para elevar a sanção básica.

Ocorre que, consoante se observa dos autos, a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas tanto para elevar a pena-base quanto para a escolha do patamar de incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, 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 e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REPERCUSSÃO GERAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza *bis in idem* tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

IV - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. STF sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena da paciente."

(HC 312.659/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/6/2015.)

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA CONSIDERADAS EM DOIS MOMENTOS DISTINTOS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. MENSURAÇÃO DO MAIOR OU MENOR ENVOLVIMENTO DO ACUSADO COM O TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática em que se concede ordem de *habeas corpus* de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, quando evidenciado que a quantidade e diversidade da droga apreendida foi considerada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a posição adotada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade de consideração da natureza e quantidade de droga apreendida em dois momentos distintos do critério trifásico, engloba a consideração do maior ou menor envolvimento do réu com o tráfico de drogas, não servindo referido posicionamento apenas para evitar a consideração da circunstância no percentual de aumento da pena-base e diminuição, em razão da minorante.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 308.020/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 22/6/2015.)

Assim, resta configurado o manifesto constrangimento ilegal imposto à paciente, passível de correção por esta via constitucional.

Quanto à questão relativa ao regime prisional, observa-se que o referido pleito fica prejudicado em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena pelo Tribunal *a quo*.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Outrossim, vale lembrar que 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.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo** a ordem, de ofício, para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais e determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado, e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP, assim como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme o art. 44 do CP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0000383-0

HC 313.509 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120019320128010001 120019320128010001

EM MESA

JULGADO: 02/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE	: MARIA DA CONCEIÇÃO MARTINS FERREIRA
CORRÉU	: JOÃO ROBERTO DE OLIVEIRA
CORRÉU	: JOSÉ CARLOS DOS SANTOS BATISTA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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