



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.761 - SP (2014/0155947-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO FELYPE DOS SANTOS MARTINS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. OCORRÊNCIA. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. NÃO CONHECIMENTO. 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. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que configura *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na 1ª e na 3ª fases da dosimetria da pena.

3. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado, bem como avalie a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando e de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 44 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 10 de novembro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.761 - SP (2014/0155947-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO FELYPE DOS SANTOS MARTINS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **DIEGO FELYPE DOS SANTOS MARTINS**, apontando-se, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 15-33).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, a qual o Tribunal *a quo*, por unanimidade, negado provimento (e-STJ, fls. 34-45).

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, a existência de constrangimento ilegal na utilização da quantidade e natureza da droga apreendida para majorar a pena-base e para negar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como na imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena e, ainda, na negativa do direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem para que seja fixada a pena-base no mínimo legal ou determinar que o aumento ocorra na fração de 1/6 (um sexto), aplicada, em sua fração máxima, a minorante do tráfico privilegiado, bem como concedido tanto o regime inicial mais brando, quanto a sua substituição por pena restritiva de direitos (e-STJ, fls. 1-12).

A liminar foi deferida para "determinar ao MM. Juízo das Execuções Penais que, afastado o óbice legal para imposição do regime fechado, proceda ao exame do regime prisional adequado à espécie" (e-STJ, fls. 54-64).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão do *habeas corpus* de ofício (e-STJ, fls. 108-118).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.761 - SP (2014/0155947-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO FELYPE DOS SANTOS MARTINS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. OCORRÊNCIA. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. NÃO CONHECIMENTO. 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. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que configura *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na 1ª e na 3ª fases da dosimetria da pena.

3. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado, bem como avalie a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando e de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 44 do Código Penal.

VOTO

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

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Inicialmente, no tocante à alegação da impetrante de que a natureza e quantidade de droga teriam sido consideradas tanto para exasperar a pena-base, quanto para determinar a fração de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, assiste-lhe razão, consoante se extrai do seguinte trecho da sentença:

“(…) Elaboradas as premissas, portanto, passo à individualização da pena nesta primeira fase, tendo por parâmetro o artigo 59 do Código Penal conjugado com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06. No tocante aos antecedentes dos acusados, verifica-se que os mesmos possuem vida pretérita imaculada. (...) **No tocante à natureza e à quantidade do entorpecente (artigo 42 da Lei nº 11.343/06), verifica-se que a reprimenda deve ser exacerbada, posto que, consoante comprovado nos autos, o réu se dedicava à venda de cocaína ou crack, substâncias entorpecentes de maior nocividade quando comparadas com a maconha, por exemplo.** (...) Desta forma, à vista da argumentação acima expendida e observados os elementos constantes dos autos, fixo a pena-base 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, isto é, 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

(...). Na terceira fase, ainda, inexistem causas de aumento a serem consideradas, de modo a incidir, apenas, a causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, posto que se trata de acusados primários, com bons antecedentes, sem demonstração inequívoca de que os mesmos se dediquem, com exclusividade, às atividades criminosas ou que integram organização criminosa.

Tendo, porém, que, ante **a diversidade e quantidade de entorpecente, destacando o fato de haver apreensão de drogas de grande efeito nocivo, tais como a cocaína e crack, o redutor legalmente previsto não possa se dar em seu patamar máximo.** (...) Portanto, à vista do já fundamentado, assim como as características do caso concreto, **estabeleço o redutor previsto no dispositivo legal em ½ (metade)**, de modo a perfazer a pena dos acusados o montante de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.”.(e-STJ, fls. 25-29, grifou-se).

Ocorre que esta Corte Superior, em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou o entendimento no sentido de que tais circunstâncias não podem ser utilizadas, concomitantemente, em ambas as fases, sob pena de *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. Min. 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.)

Por derradeiro, o magistrado sentenciante fixou o regime fechado e negou a substituição com fundamento na vedação legal e na gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

"Prosseguindo, entendo que o regime mais adequado ao cumprimento da reprimenda corporal para o crime de tráfico de drogas seja o fechado, não se podendo falar, ainda em substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, em casos como o trazido a julgamento, relativamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao crime equiparado a hediondo, de tráfico ilícito de entorpecentes. Explico. O plenário do E. Supremo Tribunal Federal em 1º/09/2010, ao julgar o Habeas Corpus n.º 97.256/RS, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da parte final do artigo 44 da Lei n.º 11.343/06 bem como da análoga expressão contida no § 4.º do artigo 33 daquela mesma norma, passando a admitir que, nos crimes de tráfico de menor potencial ofensivo, o juiz sentenciante, numa empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo, pode substituir a pena privativa de liberdade abstratamente cominada para o crime por penas restritivas de direitos. Na seqüência o Senado Federal, através da Resolução n.º 5/12, publicada em 16/02/2012, suspendeu a execução da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, contida no último dispositivo legal acima mencionado. Em 10/05/2012 a Suprema Corte também declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, contida no caput do artigo 44 da Lei n.º 11.343/06, passando a admitir a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática dos crimes de tráfico, salvo quando presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (HC n.º 104.339/SP Rei Min Gilmar Mendes). Noutra decisão mais recente, proferida nos autos do Habeas Corpus n.º 111.840/ES, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo ofensa à garantia constitucional da individualização da pena, fez a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2.º da Lei n. 8.072/90, afastando a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (j. 27/06/2012 rei Min Dias Toffoli). Desta forma, é de se concluir que, embora tenha havido um esvaziamento" na legislação pertinente que impunha maior repressão estatal aos crimes hediondos, é de se ressaltar, com base nos julgados acima que competirá sempre ao Magistrado definir, baseado em 'empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo', regime inicial de cumprimento de pena ao qual estará sujeito o acusado, em total aplicação da previsão constitucional de individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal). No caso nos autos, analisando as circunstâncias objetivas da infração cometida, entendo que não seja o caso de fixar regime menos gravoso, embora a pena aplicada permita, objetivamente, referida fixação, nos termos do artigo 33, e incisos do Código Penal. Ora, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é equiparado a hediondo sendo de extrema gravidade, gerando conseqüências deletérias às famílias de dependentes químicos, bem como de toda a sociedade, posto que o tráfico ilícito de entorpecentes é a mola propulsora de diversos crimes, em especial aqueles contra o patrimônio, tais como furtos, roubos, extorsões e latrocínios. Ademais, o tráfico de drogas objetiva, quase sempre crianças e adolescentes, os quais ainda possuem personalidade em formação, acarretando, conseqüentemente, destruturação de toda uma geração, em evidente prejuízo ao progresso e desenvolvimento sociais. Aliás, deve ser ressaltado que, o simples fato de se aplicar o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não implica, inexoravelmente, em direito subjetivo do acusado à fixação de regime menos gravoso, o qual se dá nos termos já esposados, em cotejo com o disposto no artigo 59 do Código Penal ('O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime') e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06 ('O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'). A propósito, nesse sentido a jurisprudência, destacando-se que o segundo argumento continua plenamente válido, *in verbis*: 'No concernente ao regime prisional impositivo à espécie, também se mostra correta a fixação do inicial fechado (Lei nº 11.464/07), por duas razões principais: a uma, porque o regime fechado foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o crime de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudesimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar' (TJSP, Apelação nº 0011111-87.2008.8.26.0361, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rei: Des. Paulo Rossi, j. 1º/07/2009, grifei). Portanto, no caso dos autos em obediência ao princípio da individualização da pena, entendo não haver outro regime adequado ao início de cumprimento da reprimenda corporal que não o REGIME INICIAL FECHADO, nos termos do artigo 33, § 1º, alínea a, do Código Penal." (e-STJ, fls. 30-31, grifos no original.)

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse contexto, afastada a vedação legal, caberá à instância ordinária examinar o cabimento, na espécie, da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, consoante os requisitos previstos no art. 44 do CP, bem como fundamentar o regime prisional nos termos do art. 33, e parágrafos, do Código Penal c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, resta configurado constrangimento ilegal passível de correção por essa via constitucional.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem, de ofício**, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado, bem como avalie a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando e de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 44 do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0155947-3

HC 297.761 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0011828862013 00118288620138260050 11828862013 118288620138260050
20140000011785 2512013 73

EM MESA

JULGADO: 10/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO FELYPE DOS SANTOS MARTINS
CORRÉU	: JEFERSON ALVES MATIAS DA SILVA

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, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.