



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.056 - SP (2015/0081970-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIDEAO DE SOUZA GOMES
PACIENTE : JEFERSON SANTOS DOS REIS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *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. 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.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado.

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), 16 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.056 - SP (2015/0081970-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIDEÃO DE SOUZA GOMES
PACIENTE : JEFERSON SANTOS DOS REIS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **GIDEÃO DE SOUZA GOMES** e **JEFERSON SANTOS DOS REIS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, respectivamente, às penas de 7 (sete) anos de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa, e 6 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa, em regime fechado, visto que traziam consigo 52 (cinquenta e dois) papелotes de cocaína com o peso de 46,86g (quarenta e seis gramas e oitenta e seis centigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida, a fim de reduzir a pena dos pacientes Gideão de Souza Gomes para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa e Jeferson Santos dos Reis para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, mantido o regime fechado. Os embargos de declaração da defesa foram acolhidos em parte, sem efeitos modificativos.

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega constrangimento ilegal, sob o argumento de que: a) a pena-base foi exasperada em 1/3 sem qualquer justificativa lastreada no caso concreto; b) a quantidade e natureza da droga devem ser consideradas na primeira fase da dosimetria penal, e não devem ser utilizadas para obstarem a aplicação do redutor para o acusado primário, que não se dedica a atividades criminosas; c) "com a aplicação da causa de diminuição, os pacientes têm direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, uma vez que a pena aplicada será inferior ao patamar de 4 anos previsto no artigo 44 do Código Penal"; e d) o simples fato de os pacientes terem sido condenados pelo cometimento de tráfico não enseja o estabelecimento do regime fechado.

Requer a concessão da ordem para que seja fixado a pena-base no mínimo legal, seja reconhecida a minorante do tráfico privilegiado, concedido o regime menos gravoso e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 86-90).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 99-128), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 133-138).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.056 - SP (2015/0081970-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIDEAO DE SOUZA GOMES
PACIENTE : JEFERSON SANTOS DOS REIS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *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. 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.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado.

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, 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 das penas em decisão assim motivada:

"E necessária a fixação da pena-base do crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais manifestamente desfavoráveis, conforme autoriza o artigo 59 do Código Penal.

Trata-se de 52 porções de cocaína (conforme o auto de exibição e apreensão de fls. 46/47), que seriam destinados a um grande número de pessoas desta cidade. Sendo assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em sete anos de reclusão e setecentos dias-multa para cada um dos réus. Não existem agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Reconheço a circunstância atenuante da menoridade relativa do réu Jeferson e reduzo a pena para seis anos de reclusão e pagamento de seiscentos dias multa. Para o réu Gideão, mantenho a pena em sete anos de reclusão e setecentos dias-multa.

Não há causas de aumento ou redução de pena. Deixo de aplicar a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, uma vez que as provas dos autos como a grande quantidade das drogas apreendidas (52 porções de cocaína), as circunstâncias e o local onde se deram os acontecimentos demonstram a dedicação dos réus às atividades criminosas. De se notar, ainda, que nenhum dos réus provou em juízo que possui qualquer atividade lícita, sendo de se concluir que se dedicavam integralmente ao tráfico de drogas.

Aliás, deixo assentado que tal causa de diminuição é inconstitucional, pois exige requisitos (primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa) que em nada se relacionam com o tráfico, fazendo indevida discriminação em detrimento de condenados pelos demais crimes, que embora possam se enquadrar na hipótese (primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa), não têm o mesmo benefício.

Para ambos os réus cada dia-multa corresponderá a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado, nos termos do art. 43 da Lei nº 11.343/2006, porquanto dos autos não constam elementos no sentido de que possam os réus suportar maior valor.

Em consequência do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), deverão cumprir a pena privativa de liberdade inicialmente em regime fechado, com a progressão prevista no § 2º do mesmo artigo." (e-STJ, fls. 27-28, grifo no original.)

O Tribunal de origem, por sua vez, reduziu as reprimendas impostas, sob a seguinte motivação:

"Na primeira fase, entendo que a pena básica deve ser fixada 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, e não como constou do *decisum*, fração que reputo razoável e condizente com o princípio da suficiência da resposta penal, tendo em vista a **quantidade e natureza da droga apreendida**, qual seja, cocaína, o que, sem dúvida alguma, deve ser considerada na fixação do quantum da pena. Como é cediço, a cocaína, em pó e na forma de *crack*, tem sido a droga de maior incidência, atualmente, sendo causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis.

Assim, e considerando ainda **as condições pessoais dos agentes e a quantidade de droga apreendida (46,86 g)**, anoto que a fixação de 1/3 (um terço) se mostra razoável, de pleno acordo com os comandos dos artigos 42, da Lei 11.343/06, e 59, do Código Penal.

Assim, as penas perfazem, nesta fase, 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no unitário mínimo legal, para cada réu." (e-STJ, fl. 53, grifos no original.) [...]

Observo que não deve ser aplicado o benefício previste no artigo 33, § 4º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n. 11.343/06, **porquanto as circunstâncias do caso em comento, máxime a natureza e a quantidade da droga apreendida, constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade.** De fato, como é cediço, o referido benefício tem por objetivo favorecer somente o traficante eventual, de primeira viagem, e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso dos apelantes, **surpreendidos com expressiva quantidade de "cocaína" e ainda em local conhecido como ponto de venda de drogas, não sendo razoável pensar que indivíduos que estejam se iniciando nesse hediondo crime tragam consigo e guardem tamanha quantidade de droga, ainda mais nas circunstâncias em que se deu a apreensão.** Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena. Vale considerar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, *caput*, sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos." (e-STJ, fls. 53-54, grifos no original.)

Como se observa, a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas para elevar a pena-base e para impedir a 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, confiram-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. 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 aos pacientes, passível de correção por essa via constitucional.

Quanto às demais alegações trazidas pela defesa, em relação a modificação do regime prisional e a concessão da permuta legal aos pacientes, o exame desses pleitos fica prejudicado em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena pelo Tribunal *a quo*.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante 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 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, o 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 § 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*. **Concedo** a ordem, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, para 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 art. 44 do CP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0081970-1

HC 321.056 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0077673022012 00776730220128260050 0077673022012826005050000 14302012
20140000126742 20140000637641 77673022012 776730220128260050
77673022012826005050000

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GIDEAO DE SOUZA GOMES
PACIENTE	: JEFERSON SANTOS DOS REIS

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