



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.299 - SP (2015/0107383-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL OLIVEIRA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

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. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado, verifique o regime prisional cabível, 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.

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

Ministro RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.299 - SP (2015/0107383-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL OLIVEIRA DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **MICHAEL OLIVEIRA DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo 56 (cinquenta e seis) cápsulas de cocaína e 154 (cento e cinquenta e quatro) cápsulas de *crack* e 88 (oitenta e oito) trouxinhas de maconha (com peso de 276,32g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida a fim de reduzir a pena para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Nesta Corte, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pois a) a quantidade da droga apreendida não pode ser utilizada no aumento da pena-base e para definir a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em atenção ao princípio da vedação ao *bis in idem*; b) a quantidade de droga jamais pode ser avaliada na incidência da causa privilegiadora do tráfico; c) "há muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem declarado a inconstitucionalidade material do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 para admitir a fixação de regime diverso do fechado para os crimes hediondos e seus equiparados"; e d) "o paciente preenche todos os requisitos para obtenção das penas alternativas".

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante do tráfico em seu grau máximo, seja fixado o regime aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 50-54).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 63-70), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 75-80).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.299 - SP (2015/0107383-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL OLIVEIRA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. FUNDAMENTO INVÁLIDO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/6/2012).

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. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado, verifique o regime prisional cabível, 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.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. O Juízo de 1º grau procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

"Passo à dosagem da pena. As circunstâncias do art. 59 do Código Penal se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostram desfavoráveis ao acusado, uma vez que já havia sido condenado por crime análogo (fls. 70), e ao ser beneficiado com prestação de serviços a comunidade, valeu-se da liberdade para tornar a traficar entorpecentes. Não bastasse, estava em poder de grande quantidade e diversidade de drogas, distribuídas em cápsulas de vários tamanhos, para assim poder oferecer toda a variedade possível aos usuários compradores. Não se olvide que se tratavam de 56 (cinquenta e seis) cápsulas contendo cocaína e 154 (cento e cinquenta e quatro) cápsulas contendo *crack* (peso líquido de 79,96 g), bem como, de 88 (oitenta e oito) trouxinhas de "maconha" (peso líquido de 276,32 g). Trata-se portanto de indivíduo que elegeu a narcotraficância como fonte de subsistência. Por tais razões, estabeleço a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Considerada a confissão espontânea e a menoridade penal relativa do réu à época, resolvo diminuir-lhe a sanção para o piso de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Não é a hipótese de incidir a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. A bem da verdade, nota-se que apesar da pouca idade do acusado, ficou bem delineado que o réu estava engajado à rotina do narcotráfico, procedendo rotineiramente à venda de entorpecentes na localidade, o que delineia que se dedicava às atividades criminosas do crime organizado. A própria quantidade e variedade dos entorpecentes não possibilitam o benefício. Assim sendo, inexistindo outras circunstâncias capazes de modificarem a dosimetria da pena acima estabelecida, torno-a definitiva." (e-STJ, fl. 24.)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao prover o recurso da defesa para fazer incidir a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no grau mínimo, assim se manifestou:

"O MM. Juiz de Direito, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, fixou a pena-base em 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

(...)

Já na terceira fase, entendeu o MM. Juiz *a quo* que não deveria aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, por entender que a quantidade de droga apreendida evidencia que o réu se dedicava à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida. Sem razão, contudo, o digno sentenciante, não apenas porque não houve a apreensão de vultosa quantidade de drogas, mas também porque não se pode presumir tal filiação pelo simples fato de o apelante ter praticado a conduta delitiva.

Portanto, considerando que o réu é primário, e que não há evidência concreta de que integre organização criminosa, entendo que deve ser aplicado o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas.

Considere-se, a propósito, que, estando preenchidos os requisitos legais, há direito subjetivo do réu à aplicação do disposto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343, de 2006, mas a quantidade de redução deve ser avaliada caso a caso.

A propósito:

'Pena. Redução. Inaplicabilidade do percentual máximo previsto no par. 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, que não é direito subjetivo do acusado, mas faculdade do magistrado, observadas as peculiaridades do caso' (Apelação nº 0080481-82.2009.8.26.0050. Relator Des. Machado de Andrade. 6ª Câmara Criminal. Julgado em 18/08/2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tendo em vista a quantidade apreendida em poder do réu, mostra-se adequada a redução da pena no patamar de 1/6, totalizando 04 anos e 02 meses de reclusão, e pagamento de 416 dias-multa, fixados no mínimo legal." (e-STJ, fls. 43-45.)

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuir bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Os Tribunais Superiores têm decidido também que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Entretanto, como se observa, o Tribunal e origem **valorou em duplicidade** a quantidade de droga apreendida com o paciente, em fases distintas, do cálculo da pena, o que constitui manifesta ilegalidade.

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 natureza e a quantidade da droga não podem ser valoradas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, 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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ao paciente, passível de correção por essa via constitucional.

Quanto às demais alegações trazidas pela defesa, em relação à modificação do regime prisional e à concessão da permuta legal, 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, 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 § 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0107383-7

HC 323.299 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01110531620128260050 1110531620128260050 20022012 20150000125904

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

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	: ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MICHAEL OLIVEIRA DOS SANTOS

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.