



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.414 - SP (2015/0064246-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOEMAR RODRIGO FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLITON RAFAEL CAVALCANTE (PRESO)

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. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. *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 determinar que o juiz da execução proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* identificado, com a adequação do regime prisional, verificada a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos e a apontada extinção da punibilidade pelo cumprimento da reprimenda.

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

Brasília (DF), 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.414 - SP (2015/0064246-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOEMAR RODRIGO FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLITON RAFAEL CAVALCANTE (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **WELLITON RAFAEL CAVALCANTE** apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, V, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 7 (sete) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 505 (quinhentos e cinco) dias-multa.

Interposta apelação defensiva, o Tribunal de origem negou provimento ao reclamo.

Nesta Corte Superior, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, sob o argumento de que a quantidade de droga apreendida foi utilizada tanto para aumentar a pena-base como para definir a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em nítida ofensa ao princípio da vedação ao *bis in idem*.

Aduz, outrossim, que, diante da ausência de previsão legal, o referido critério (quantidade de droga) não pode ser utilizado como parâmetro para dosar o *quantum* de diminuição na incidência da causa privilegiadora do tráfico.

Destaca que, caso seja acolhida a tese firmada nesta impetração, a discussão sobre o regime prisional não fará mais sentido, haja vista que o paciente cumpriu toda a pena do delito em comento, sendo, por tal razão, de rigor, a extinção da punibilidade.

Caso se entenda pela manutenção da reprimenda firmada na instância de origem, pugna pela fixação do regime semiaberto e, como consequência, a imediata colocação do paciente no regime aberto, tendo em vista já ter sido agraciado, em 26/04/2013, com a progressão de regime.

Assevera, por fim, que, ao revés do firmado no aresto impugnado, a hediondez do delito não é fundamento idôneo para a imposição do regime prisional mais gravoso.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja aplicada a causa especial de diminuição em comento no seu grau máximo e seja declarada a extinção da punibilidade do paciente pelo cumprimento da pena. Subsidiariamente, o reconhecimento do regime inicial semiaberto e a progressão imediata para o modo aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 77-82).

Prestadas informações (e-STJ, fls. 91-107), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *mandamus* ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.414 - SP (2015/0064246-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOEMAR RODRIGO FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLITON RAFAEL CAVALCANTE (PRESO)

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. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. *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 determinar que o juiz da execução proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* identificado, com a adequação do regime prisional, verificada a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos e a apontada extinção da punibilidade pelo cumprimento da reprimenda.

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:

"Por outro lado, sua culpabilidade, os motivos e consequências do delito se mostram absolutamente normais para os crimes desta espécie, não havendo nos autos nenhuma informação capaz de atestar seguramente que sua personalidade ou conduta social tenham influenciado de qualquer forma no propósito criminoso.

Deve-se ponderar em desfavor do acusado, entretanto, a variedade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida (artigo 42 da Lei nº 11.343/06).

Assim sendo, atento a todas essas circunstâncias, fixo a pena- base majorada em 1/6, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e em 580 (quinhentos) dias-multa, cujo valor unitário fixo no mínimo legal.

Não há agravantes a serem consideradas.

Não há que se aplicar a atenuante da confissão, pois o réu afirmou ter agido sob coação, sendo contrariado pelas demais provas carreadas aos autos.

Na terceira fase da dosimetria, observa-se que o transporte da droga acontecia de uma unidade para outra da Federação, razão pela qual está configurada a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, resultando na majoração da pena em 1/6 para o patamar de 6 (seis)anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e em 675 (seiscentos e setenta e cinco) dias-multa, cujo valor unitário fixo no mínimo legal.

Verifica-se, por outro lado, a presença da causa de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois a imputação contida nos autos revela situação de evidente tráfico eventual. Por esse motivo, a pena deve ser diminuída em 1/4, resultando no patamar de 05 (cinco) anos e 01 (um) mês e 07 (sete) dias de reclusão e em 505 (quinhentos e cinco) dias-multa, cujo valor unitário fixo no mínimo legal. **A diminuição não se faz no mínimo, pois que o réu foi surpreendido portando mais de um tipo de droga fazendo transporte interestadual da droga (artigo 42 da Lei nº 11.343/06).**" (e-STJ, fls. 99-100 - grifo nosso).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao manter a sentença condenatória, assim se manifestou:

"Nesse passo, **as básicas foram corretamente fixadas 1/6 acima do piso diante da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos - 854,4 gramas de cocaína e 83,21 gramas de maconha**, porquanto, é inegável, incomensuráveis os danos que a comercialização dessas substâncias acarretaria à saúde pública, a justificar a necessidade da majoração na primeira fase da dosimetria, em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas (...)
[...].

Adequada, outrossim, a exasperação de 1/6 imposta com esteio no artigo 40, V, da Lei de Drogas, pois a causa especial de aumento ficou caracterizada e foi comprovada, à saciedade, porquanto inarredável que os entorpecentes estavam sendo transportados entre Estados da Federação.

Ademais, infere-se, como se viu, que o apelante foi inadvertidamente beneficiado com a redução de 1/4 concedida com fulcro no § 4º do artigo 33, da mesma lei, pois, na espécie, a sua aplicação era de todo descabida, pese embora se trate de réu primário. **É que, diante da expressiva quantidade e da variedade das substâncias apreendidas e do sugestivo contexto fático em que ele foi surpreendido pelos milicianos, tem-se por inegável o seu envolvimento com atividade criminosa**, extremamente organizada, porquanto nítida a divisão de tarefas entre os vários integrantes da associação ilícita, voltada evidentemente para a prática do tráfico de drogas em grande escala, visando a distribuição de entorpecentes em vários Estados da Federação, tudo a revelar inequívoca a periculosidade e o poder de ação desses agentes, porquanto a ação conjunta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e concatenada entre eles evita a ação policial e facilita a obtenção de maior lucro decorrente do fornecimento a n consumidores, os quais são alcançados em enorme extensão do território nacional."

Não bastasse, não parece crível que alguém inicie nessa atividade ilícita com tamanha quantidade de drogas sem contar com a ajuda de fornecedores ainda mais poderosos na hierarquia do tráfico, devendo prevalecer, em consequência, o que estabelece o artigo 42 da Lei nº 11.343/06." (e-STJ, fls. 64-65 - grifo nosso).

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, 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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, notadamente a modificação do regime prisional, o exame desse pleito 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*. Considerando que já houve trânsito em julgado da condenação, **concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo da Execução 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, a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos e a alegada extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0064246-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 319.414 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005277520118260483 0672011 48301201100052710000 5277520118260483 672011
957666

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOEMAR RODRIGO FREITAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLITON RAFAEL CAVALCANTE (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.