

HABEAS CORPUS Nº 305.627 - SC (2014/0252000-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LINDIANA BRANCO DZIACHAN
ADVOGADO : LINDIANA BRANCO DZIACHAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALDIR KRAMER

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA AFASTAR A PENA-BASE DO MÍNIMO LEGAL E, NOVAMENTE, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, PARA FUNDAMENTAR A ESCOLHA DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. ATENUANTE DA MENORIDADE. REDUÇÃO DA PENA EM 6 MESES SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS REFERIDOS FUNDAMENTOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

3. No caso dos autos, o acórdão atacado diverge do atual entendimento da Suprema Corte sobre a matéria, pois considerou

Superior Tribunal de Justiça

a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

4. A redução da pena-base em patamar inferior a 1/6, fração comumente usada para o caso, em razão da incidência da atenuante de menoridade, deve ser devidamente fundamentada e proporcional ao *quantum* de aumento da pena-base.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio* para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* identificado e reduzindo a pena, em razão da atenuante da menoridade, de forma fundamentada e proporcional, 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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 305.627 - SC (2014/0252000-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

IMPETRANTE : LINDIANA BRANCO DZIACHAN

ADVOGADO : LINDIANA BRANCO DZIACHAN

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : ALDIR KRAMER

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de ALDIR KRAMER contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação n. 2014.003446-8.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, porque trazia consigo 70 (setenta) comprimidos de 'Ecstasy'.

Após regular instrução, foi o réu condenado à pena de 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 567 (quinhentos e sessenta e sete) dias-multa (e-STJ fls. 26/34).

Inconformada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso para aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/3, fixando a pena definitiva em 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, e 454 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRETENDIDA A PROGRESSÃO DE REGIME. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ECSTASY. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. ALMEJADA A CONCESSÃO DA BENESSE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, NO PATAMAR MÁXIMO.

QUANTUM DE REDUÇÃO. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO MAGISTRADO. ANÁLISE DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS E DE OUTROS ELEMENTOS QUE DEEM CONTA DA DIMENSÃO DO NARCOTRÁFICO DESENVOLVIDO. REAJUSTE PARA 1/3 (UM TERÇO) QUE SE FAZ DEVIDO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. MANTENÇA DO INICIAL FECHADO, DIANTE DA GRAVIDADE CONCRETA DO CASO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (e-STJ fl. 41).

Nesta impetração, sustenta a defesa que a redução da pena, tão somente em 6 (seis) meses, pela presença da atenuante da menoridade relativa, carece de fundamentação.

Aponta, ainda, violação do princípio do *ne bis in idem*, pois tanto no aumento da pena-base (primeira fase), quanto na escolha do percentual de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (terceira fase), o Tribunal de origem levou em consideração a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida.

Alega, ainda, a necessidade de estabelecer o regime inicial diverso do fechado, a teor do art. 33, § 2º, do Código Penal e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Requer, assim, a realização de nova dosimetria da pena, com a redução da pena, na segunda fase, na fração de 1/6, aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, em seu grau máximo, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 56/58).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem

Superior Tribunal de Justiça

para se aplicar ao caso o percentual máximo de redução de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 305.627 - SC (2014/0252000-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumprе analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, na presente impetração, a realização de nova dosimetria, com a redução da pena, na segunda fase, na fração de 1/6; a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, em seu grau máximo; a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena.

Nesse ponto, vale consignar que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria

Superior Tribunal de Justiça

relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

Logo, é indevida, sob pena de *bis in idem*, a valoração negativa das circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria da pena.

Na fixação da pena, destaco a fundamentação utilizada pelo Juízo de 1º grau (e-STJ fls. 32/33):

Aplicação da pena

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP verifico que a culpabilidade (grau de reprovabilidade da conduta) extrapola a normalidade, tendo em conta a natureza e a quantidade de drogas apreendidas. O réu não conta antecedentes reconhecíveis. Não existem informações nos autos quanto a conduta social. Não existem elementos indicadores da personalidade do réu. A motivação é inerente ao tipo, ou seja, o lucro fácil às custas do vício alheio, deixando de ser considerada. As circunstâncias do crime são normais. As consequências foram normais ao delito. Não há comportamento da vítima a ser sopesado.

Sendo uma circunstância judicial desfavorável, procedo o aumento de 1/6 (um sexto), fixando a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Sem agravantes. Reconheço a atenuante de menoridade para reduzir a pena em 06 (seis) meses, restando a reprimenda nesta fase em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. A pena de multa não sofre alterações nesta etapa.

Aplico a causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, para elevar a

Superior Tribunal de Justiça

pena em 1/6 (um sexto), ficando provisória em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Ainda na terceira fase, incide a causa de diminuição a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 que, como já sustentado, deve ser de 1/6 (um sexto), para tornar definitiva a pena de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias de reclusão e pagamento de 567 (quinhentos e sessenta e sete) dias-multa, cada dia no valor mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Sobre a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, em fração inferior ao máximo, o Juízo de 1º grau apresentou as seguintes ponderações:

Viável, de outro lado, a redução da pena pela aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 4º deste artigo, as párias poderão ser reduzidas de um 1/6 (sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Contudo, embora o réu seja primário, e ainda que não existam notícias nos autos de que se dediquem à atividades criminosas ou integrem organização da mesma natureza, tenho que a redução da pena deve ficar no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), norteador-se o critério de diminuição a partir do art. 42 da mesma lei de tóxicos.

Art. 42. 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.

Veja-se inicialmente que o réu foi flagrado com setenta comprimidos de ecstasy, droga de alto valor comercial (cada pílula custa em média de R\$ 50,00 a R\$ 70,00) e que gera um lucro rápido ao traficante.

Deve-se considerar que o ecstasy é o entorpecente que gira na classe mais abastada da sociedade e tem, especialmente, no público mais jovem (adolescentes sobretudo) a principal clientela.

Só por isso, ou seja, pela natureza da droga que o réu comercializava e pela quantidade, entendo que a redução não poderia ser no patamar máximo, como se pudéssemos comparar o denunciado com um singelo vendedor de cigarros de maconha.

Insisto no que venho defendendo ao tratar da dosimetria de traficantes de drogas sintéticas, cocaína e crack, em razão da nefasta da repercussão social alcançada pelo comércio desses tipos entorpecentes.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

Enfim, o incremento da violência pela disseminação do consumo das drogas sintéticas, do crack e da cocaína, tanto mais pela quantidade apreendida e que os denunciados comercializavam, não recomenda, ao meu sentir, que seja aplicada a redução máxima prevista em lei, pois tanto não seria suficiente para prevenir e reprimir a conduta delituosa, como criaria um manifesto descrédito na população local em razão do apenamento ameno.

Forte nessas razões, embora favoráveis as condições previstas no § 4º do art. 33, tenho que a redução deve ser no mínimo de 1/6 (um sexto), já que, ao meu sentir, a incidência do benefício no percentual máximo não seria suficiente para prevenir e reprimir a conduta delituosa.

Ao julgar a apelação defensiva, o Tribunal de origem diminuiu a pena imposta na sentença, tendo o voto condutor do acórdão asseverado que (e-STJ fl. 46):

No estágio derradeiro, reconhecida a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, a sanção foi elevada em 1/6 (um sexto) - 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Ainda, aplicada a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena foi reduzida em 1/6 (um sexto), diante da natureza e da quantidade da droga apreendida, ecstasy, "[...] entorpecente que gira na classe mais abastada da sociedade e tem alto valor comercial (cada pílula custa em média de R\$ 50,00 a R\$ 70,00) e que gera um lucro rápido ao traficante" (fl. 189), resultando definitiva em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e 567 (quinhentos e sessenta e sete) dias-multa, cada qual no mínimo legal.

[...]

Embora a concessão da referida benesse, quando satisfeitos os pressupostos legais, seja direito subjetivo do réu, a determinação do quantum é relegada à discricionariedade motivada do magistrado, que adequa o percentual às peculiaridades do caso concreto. Para tal fim, o julgador deve considerar a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, além de outros elementos que deem conta da dimensão da mercancia praticada e da lesão ao bem juridicamente tutelado.

Vale notar que a consideração desses parâmetros para o estabelecimento do patamar de redução, dos quais se destacam as circunstâncias privilegiadas pelo legislador no art. 42 da Lei de Drogas, serve, por excelência, como medida da narcotraficância promovida pelo agente, uma vez que tal causa especial de diminuição

Superior Tribunal de Justiça

de pena visa a "evitar uma padronização severa e com o intuito de diferenciar o grande do pequeno traficante" (MENDONÇA, Andrey Borges de. CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei 11.343/06. de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 111).

Salienta-se, ainda, que a apreensão de quantidade expressiva de drogas escapa à normalidade prevista no tipo penal, tanto que o mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06 permite o recrudescimento da pena.

Diante das peculiaridades do caso em comento, apesar de procedentes as razões invocadas para a adoção do patamar mínimo (especialmente a quantidade e natureza da droga apreendida), considera-se adequada a diminuição de 1/3 (um terço) da pena, tendo em vista a idade do réu à época do crime (19 anos), a inexistência de informações concretas de que exercera anteriormente a narcotraficância e o fato de que desempenhava atividade lícita remunerada (fls. 179/180).

Assim, torna-se a sanção definitiva em 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e 454 (quatrocentos e cinquenta e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, infere-se que o constrangimento ilegal sustentado pela defesa encontra-se evidenciado.

De fato, a quantidade e natureza da droga foi utilizada tanto na primeira fase, para justificar o afastamento do mínimo legal, quanto na terceira, quando foi novamente mencionada como justificativa para afastar a fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 do máximo, configurando o vedado *bis in idem*.

Ademais, em relação à atenuante de menoridade, o Juízo de 1º grau apenas reconheceu a sua incidência para "reduzir a pena em 06 (seis) meses, restando a reprimenda nesta fase em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão" (e-STJ fl. 33).

É bem verdade que a lei não prevê as frações que serão aplicadas no caso de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada, bem como deve ser proporcional à fração utilizada para aumentar a pena-base, o que, no caso, não ocorreu.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA EM FACE DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESPROPORCIONALIDADE. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

02. *"Embora a lei não preveja as frações que serão aplicadas no caso de atenuantes, a incidência destas deve fazer com que haja uma redução proporcional da pena, sendo necessária a sua correção quando evidenciada a ausência de proporção entre a diminuição efetivada e a pena-base"* (AgRg no AREsp 259.514/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/08/2013; HC 287.748/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014; AgRg no REsp 1.392.505/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/09/2014).

(...)

04. Habeas corpus não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente. (HC 326.964/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 09/09/2015) - grifei.

Assim, evidenciado o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente, no que se refere à existência de *bis in idem* na fixação da pena-base acima do mínimo legal e na aplicação de fração inferior ao máximo, na terceira fase da dosimetria, ambos em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, bem como em razão da diminuição da pena em fração inferior a 1/6, em razão da atenuante de menoridade, sem a devida fundamentação, necessária a concessão da ordem de ofício para determinar que o Juízo das Execuções, tendo em vista a ocorrência de trânsito em julgado, proceda à nova dosimetria da pena do paciente, quanto aos pontos mencionados.

Tendo em vista a necessidade de novo dimensionamento da pena, fica

Superior Tribunal de Justiça

prejudicada a análise da possibilidade de fixação de regime inicial mais brando e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por esta instância, devendo os temas serem remetidos à apreciação do referido Juízo, **observados os parâmetros previstos nos arts. 33 do Código Penal c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 44 do Código Penal, uma vez considerada inconstitucional a vedação legal.**

Isso porque, no que se refere ao regime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, nos termos das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

E, no que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

Nesse sentido:

*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.*

Superior Tribunal de Justiça

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.** (HC 297.761/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015).

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem ex officio**, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, afastando o bis in idem identificado, e diminua a pena, em razão da incidência da atenuante de menoridade, em fração proporcional e de forma fundamentada, bem como analise a possibilidade de fixar regime inicial mais brando e de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do disposto nos arts. 33 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 44 do Código Penal.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2014/0252000-7

HC 305.627 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 139110038352 20140034468

EM MESA

JULGADO: 10/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LINDIANA BRANCO DZIACHAN
ADVOGADO : LINDIANA BRANCO DZIACHAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALDIR KRAMER

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.