HABEAS CORPUS Nº 310.385 - SP (2014/0315768-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
R.P/ACÓRDÃO	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSÉ VALTER DOS SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE	:	JONATHAN WILLIAN MOREIRA DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA. PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DO REDUTOR. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. *In casu*, o Tribunal *a quo* fixou a pena acima do mínimo legalmente previsto, em razão da quantidade de droga — 8kg de maconha — e deixou de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por considerar que o montante de droga apreendida e a forma do seu acondicionamento afastam a idéia da eventualidade e evidenciam que o réu se dedica à atividade criminosa.

3. O Supremo Tribunal Federal, quando da análise da questão relativa à ocorrência ou não de *bis in idem* nessas hipóteses, preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na modulação, isto é, na definição do patamar da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

4. Na situação aqui retratada, não se verifica a ocorrência de *bis in idem*, já que a quantidade de droga não serviu para dosar o *quantum* de incidência da referida minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

5. Hipótese em que o juiz sentenciante fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda arrimado no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, enquanto o Tribunal *a quo* manteve referida orientação com base na hediondez do ilícito

6. Necessidade de se avaliar, à luz do novel entendimento, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da

reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.
7. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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 maioria, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício em menor extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Gurgel de Faria os Srs. Ministros Felix Fischer e Reynaldo Soares da Fonseca. Votou vencido o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE). Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas (art. 162, § 2º do RISTJ).

Brasília, 1º de outubro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator