



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.516 - DF (2014/0044178-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WENDEL GOMES AMORIM (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REDUÇÃO DA PENA EM SEIS MESES PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. AUSENTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PEDIDOS PREJUDICADOS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. Na hipótese, a majoração da pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, com fulcro na expressiva quantidade e na qualidade da droga apreendida – 1.097,05g (um quilo, noventa e sete gramas e cinco centigramas) de *crack* e cocaína – não se mostra desproporcional, se consideradas as penas mínimas e máximas estabelecidas para o crime de tráfico de entorpecentes e a previsão legal de que tais circunstâncias são preponderantes no cálculo da reprimenda (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes.

4. É manifestamente ilegal a aplicação da fração de redução em patamar inferior a 1/6, pela presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, sem a indicação de motivação concreta e idônea. Precedentes.

5. A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura *bis in idem*, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

6. O exame dos pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos fica prejudicado, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo da execução proceda à nova dosimetria da pena a fim de afastar o *bis in idem* identificado, bem como indicar, de forma fundamentada, a fração de redução da pena, pela incidência da atenuante de menoridade e da confissão espontânea, e, consequentemente, verificar o regime prisional cabível, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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), 02 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.516 - DF (2014/0044178-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WENDEL GOMES AMORIM (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **WENDEL GOMES AMORIM** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e ao pagamento de 530 (quinhentos e trinta) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, negado o benefício de recorrer em liberdade.

A defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006 ANTE O RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DO RÉU. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO (FECHADO). NÃO-CABIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - A conduta de manter em depósito, para difusão ilícita, porções de substâncias entorpecentes vulgarmente conhecidas como cocaína e *crack*, perfazendo a massa bruta de 1.097,05g (mil e noventa e sete gramas e cinco centigramas), é fato que se amolda ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

II - Incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em razão de o réu se dedicar à atividade criminosa.

III - Não há que se falar em alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto, porquanto não foram preenchidos os requisitos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, combinado com o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06.

V - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não foram atendidos os requisitos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 e do artigo 44, inciso III, combinado com o artigo 59 do Código Penal.

V - Recurso CONHECIDO e NÃO PROVIDO." (e-STJ, fls. 20-30.)

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, constrangimento ilegal, pois o paciente teve a prisão preventiva mantida com base na gravidade abstrata do delito. Sustenta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcionalidade na dosimetria da pena, sob o argumento de que "uma única circunstância negativa seja capaz de aumentar a pena em dois anos e as duas circunstâncias atenuantes sejam capazes de diminuir a pena apenas em seis meses" – confissão espontânea e menoridade. Aduz a ocorrência de *bis in idem*, visto que a quantidade de droga apreendida foi utilizada para fixar a pena-base acima do mínimo legal, afastar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e estabelecer o regime mais gravoso.

Requer, assim, a concessão da ordem a fim de que seja relaxada a prisão preventiva e diminuída a pena aplicada, com a substituição da sanção corporal por pena restritivas de direito, e aplicado regime menos gravoso.

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 43-119), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 123-143).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.516 - DF (2014/0044178-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WENDEL GOMES AMORIM (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REDUÇÃO DA PENA EM SEIS MESES PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. AUSENTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PEDIDOS PREJUDICADOS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.
3. Na hipótese, a majoração da pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, com fulcro na expressiva quantidade e na qualidade da droga apreendida – 1.097,05g (um quilo, noventa e sete gramas e cinco centigramas) de *crack* e cocaína – não se mostra desproporcional, se consideradas as penas mínimas e máximas estabelecidas para o crime de tráfico de entorpecentes e a previsão legal de que tais circunstâncias são preponderantes no cálculo da reprimenda (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes.
4. É manifestamente ilegal a aplicação da fração de redução em patamar inferior a 1/6, pela presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, sem a indicação de motivação concreta e idônea. Precedentes.
5. A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura *bis in idem*, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.
6. O exame dos pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos fica prejudicado, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria.
7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da execução proceda à nova dosimetria da pena a fim de afastar o *bis in idem* identificado, bem como indicar, de forma fundamentada, a fração de redução da pena, pela incidência da atenuante de menoridade e da confissão espontânea, e, conseqüentemente, verificar o regime prisional cabível, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

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.

Quanto às supostas ilegalidades na dosimetria da pena, assiste razão à defesa, em parte.

O Tribunal de origem manteve a pena imposta em primeiro grau ao paciente, sob a seguinte motivação:

"O réu agiu com culpabilidade inerente ao tipo penal em que foi incurso. Não há antecedente criminal a ser examinado e nada foi apurado neste processo contra sua conduta social ou personalidade do réu. Os motivos, as circunstâncias e as conseqüências são as do tipo penal em que ele se acha incurso. A circunstância relativa ao comportamento da vítima, não pode ser computado em seu desfavor porque se trata do Estado. A análise das circunstâncias previstas no artigo 42 da LAD autoriza, por si só, o aumento da pena base, pois, foram apreendidas quantidades expressivas de crack e cocaína, 1097,05g (um quilo, noventa e sete gramas e cinco centigramas), ambas de alto teor viciante, razão pela qual entendo ser justo e necessário fixar a pena base em 07 (sete) anos de reclusão.

Diminuo a pena nesta segunda etapa de sua aplicação em 06 (seis) meses por força das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, anteriormente reconhecidas, o que perfaz parcial de 6 (anos) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não existem, causas de diminuição ou de aumento da pena a serem mensuradas nesta terceira etapa da dosimetria, e, em face disso, torno a pena definitiva, para o efetivo cumprimento em 6 (anos) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, com fundamento no artigo 33, § 2º, letra "a", do Código Penal.

[...]

Destaco que, consoante pontificado pela doutrina e jurisprudência, a fração de redução deve ser fixada observando-se o artigo 42 da Lei n. 11.343/06, bem como as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal.

Em que pesem as alegações da Defesa, restou comprovado nos autos que o réu se dedica à atividade criminosa da traficância habitual, em razão da grande quantidade de droga apreendida, o que impede a aplicação da redução requerida, por não preencher os requisitos estabelecidos em lei."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ, fl. 24-25.)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista, **apenas**, nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Em relação à fixação da pena-base acima do mínimo legal, verifica-se que as instâncias antecedentes atuaram com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, **com preponderância** sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – 1.097,05g (um quilo, noventa e sete gramas e cinco centigramas) de *crack* e cocaína.

Não se revela, portanto, ilegal o aumento da reprimenda inicial em dois anos de reclusão apoiado em motivação idônea e tendo como diretrizes as penas mínimas e máximas previstas em abstrato ao crime de Tráfico de Drogas (5 a 15 anos de reclusão).

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO DA PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. MAJORAÇÃO EM 1 ANO. RAZOABILIDADE. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO. LEGALIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. HC NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. O aumento da pena em 2 anos para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de varia de 3 a 15 anos, tendo-se em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados.

5. Reconhecido, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, o envolvimento da paciente em organização criminosa, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

6. *Habeas corpus* não conhecido." (HC n. 211.069/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 11/5/2015.)

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. Caso em que a exasperação da pena-base em 1/4 acima do mínimo legal, em virtude da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 porções de maconha - 64,11g e 58 porções de cocaína - 46,11g), não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. *Writ* não conhecido." (HC 300.136/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015.)

Quanto à segunda fase da dosimetria, como cediço, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento/diminuição de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação da fração de redução em patamar inferior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não ocorreu no caso em apreço.

Conforme se percebe, as instâncias antecedentes reduziram a pena em seis meses, pela presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, sem a indicação de qualquer motivação.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"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.

[...]

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.

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 305.627/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PECULATO. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE DA PENA-BASE EM RAZÃO DO NÚMERO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS. QUESTÃO JÁ DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REEXAME PELA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO STJ. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO *NON REFORMATIO IN PEJUS* PELO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEVADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PARA EXASPERAR A PENA-BASE EM PATAMAR SUPERIOR À FRAÇÃO DE 1/6 A SER APLICADA NA SEGUNDA FASE. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO EVIDENCIADA.

[...]

5. Embora a legislação não estabeleça frações específicas para o aumento ou diminuição em razão das agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) deve ser considerada razoável, sendo que o acréscimo superior a esse patamar exige motivação que a justifique.

6. Hipótese em que o acórdão impugnado utilizou-se de uma agravante (art. 62, I, do Código Penal) como circunstância judicial desfavorável (culpabilidade) para exasperar a pena-base em patamar bem mais elevado (3/4 da pena mínima) do que a fração de 1/6 normalmente aplicada na segunda etapa, revelando a desproporcionalidade da reprimenda nesse particular.

7. O quantitativo da pena e a primariedade da ré justificam a fixação do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para considerar a circunstância referente à liderança exercida pela ré na segunda fase da dosimetria (art. 62, I, do Código Penal), reduzir a proporção de aumento de pena em face dessa agravante para 1/6 e, por conseguinte, redimensionar a reprimenda imposta à paciente para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/5 do salário mínimo vigente à época do fato." (HC 333.391/CE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 14/03/2016.)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO. *QUANTUM* DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida quando houver falta de fundamentação concreta ou quando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção aplicada for notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. Não há constrangimento ilegal na primeira etapa da dosimetria, pois o Juiz sentenciante - no que foi corroborado pela Corte de origem - declinou fundamentação concreta para evidenciar o desfavorecimento das vetoriais da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime.

3. É proporcional a pena-base estabelecida aos pacientes, diante da valoração negativa de três circunstâncias judiciais - 3 anos acima do mínimo legal -, se considerados os patamares mínimo e máximo previstos para o tipo penal que incide na espécie - de 7 a 15 anos de reclusão.

4. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam à redução em 6 meses, na segunda fase da dosimetria, pela incidência de cada uma das atenuantes - valor desproporcional em relação ao aumento da pena-base, de 1 ano para cada circunstância desfavorável -, sem indicar fundamentação concreta.

6. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir as penas impostas aos pacientes." (HC 187.569/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016.)

Do mesmo modo, é manifestamente ilegal a dupla consideração da quantidade e da natureza da droga apreendida, em momentos distintos da pena.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), decidiu que não é possível a valoração, **concomitante**, da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Não se desconhece a existência de diversos julgados desta Quinta Turma no sentido de que estaria vedada, apenas, a utilização da quantidade e da natureza da droga para aumentar a pena-base e para **modular** o percentual de redução. Assim, na hipótese em apreço, seria possível **negar** a redução da pena quando tais circunstâncias revelassem a dedicação do agente ao tráfico de drogas, afastado o suposto *bis in idem* (HC 321.313/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016; HC 307.333/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não fez qualquer ressalva quanto ao consolidado no julgamento do ARE 666.334/MG, como se depreende da ementa a seguir transcrita:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. BIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IN IDEM. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do *bis in idem*.** 3. A quantidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal. 5. Ordem parcialmente concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida e a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar que reputar necessário à repressão e prevenção do crime." (HC 123168, Relator(a): Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014, grifo no original.)

A seguir, excerto do referido julgado a confirmar a identidade das situações em análise:

"Em 04.4.2014, a matéria foi objeto de nova apreciação por esta Suprema Corte em sede de Repercussão Geral no ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES, Plenário Virtual, tendo sido reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. Na espécie, o magistrado de primeiro grau e a Corte de Apelação, na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei 11.343/06, c/c o art. 59 do Código Penal, apontaram o vetor para fixar a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, a quantidade da droga. Efetuada a redução da pena-base, pela Corte Estadual, para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, lastreada na valoração negativa da circunstância em comento (5.033,70g de maconha).

Da mesma forma, o Juízo de origem e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inobstante consignado nos autos não ser o réu reincidente, reputaram inaplicável a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da peculiaridade concreta do caso, em especial, a quantidade da droga.

Como se depreende dos excertos transcritos, a dosimetria da pena foi realizada com dupla ponderação da quantidade da droga encontrada em poder do paciente, em sentido diverso do sufragado por esta Suprema Corte."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse entendimento, inclusive, foi reiterado em recentes decisões monocráticas: ARE 930.718/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 17/12/2015; ARE 913.277/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 1º/10/2015.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados da Sexta Turma:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. POSIÇÃO DO PLENÁRIO DO STF.

1. A respeito da consideração da quantidade de droga apreendida, tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão, na linha do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, de que a consideração da mesma circunstância em duas fases distintas da dosimetria configura indevido *bis in idem*.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 319.133/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015.)

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06 E ART. 244-B DA LEI 8.069/90. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. FEITOS EM CURSO UTILIZADOS PARA NEGAR O BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HCs n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, no tocante à dosimetria do paciente, haja vista que as mesmas circunstâncias, a saber, a quantidade e a natureza de drogas, foram utilizadas em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

3. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade do agente, também não o sendo para se asseverar no sentido de que o acusado se dedica a atividades criminosas, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

4. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, restam prejudicados os pleitos de estabelecimento de regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, determinar ao Magistrado de primeira instância que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal."

(HC 337.341/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015.)

E da Quinta Turma:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida com os recorrentes - 55 kg de maconha - revela-se apta a evidenciar a dedicação à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

II - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n. 1.475.447/SP, SEXTA TURMA, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 22/6/2015).

III - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes do eg. STF e do STJ.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1445752/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 06/11/2015.)

Desse modo, não observado pelo acórdão impugnado o posicionamento firmado no ARE 666.334/MG, a ordem deve ser concedida de ofício, a fim de o julgador afaste o *bis in idem* verificado.

Os exames dos pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ficam prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria, nos termos das razões acima expostas.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à 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.

Consigne-se, ainda, que, noticiado o trânsito em julgado, cabe ao Juízo da execução o redimensionamento da pena.

Por fim, sendo definitiva a condenação, não há que falar em prisão cautelar.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo da execução proceda à nova dosimetria da pena, a fim de afastar o *bis in idem* ora identificado e indicar, de forma fundamentada, a fração de redução da pena, pela incidência da atenuante de menoridade e da confissão espontânea, bem como, consequentemente, verificar o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0044178-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 289.516 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2013 20130110687984 202013

EM MESA

JULGADO: 02/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: WENDEL GOMES AMORIM (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.