



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 411.507 - SP (2017/0197982-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : HAE KYUNG KIM  
**ADVOGADO** : HAE KYUNG KIM - SP177077  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
**PACIENTE** : ESMAEL WAGNER NASCIMENTO DE FARIAS

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. PEDIDOS PREJUDICADOS. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA PENA. *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.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Hipótese em que a Corte Regional, atenta as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (27.980g de *ecstasy* e 175g de *LSD*) para fixar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 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, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

6. Segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM, contudo, fica vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, na primeira para majorar a pena-base 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, sob pena de indevido *bis in idem* (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Os pedidos de alteração do regime prisional e de aplicação da permuta legal estão prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e afaste o *bis in idem* identificado, verificando, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de substituição da pena corporal 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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 411.507 - SP (2017/0197982-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : HAE KYUNG KIM  
**ADVOGADO** : HAE KYUNG KIM - SP177077  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO  
**PACIENTE** : ESMAEL WAGNER NASCIMENTO DE FARIAS

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ESMAEL WAGNER NASCIMENTO DE FARIAS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 11 meses e 13 dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006. A pena corporal foi substituída por restritivas de direitos.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e acolheu parcialmente o da acusação, para elevar a pena-base, afastar a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, redimensionando as penas para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento 680 dias-multa, em regime fechado.

Neste *writ*, alega o impetrante ser desproporcional a exasperação da pena-base em 2 anos acima do mínimo legal, com fundamento na quantidade de droga apreendida, sendo suficiente o aumento operado em primeira instância (7 meses de reclusão).

Aduz não haver prova de que o paciente se dedica ao tráfico de drogas ou que integra organização, tendo atuado apenas como "mula", condição que não impede o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Requer, assim, o restabelecimento da sentença condenatória.

Liminar indeferida à fl. 64.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 68-72).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 411.507 - SP (2017/0197982-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : HAE KYUNG KIM  
**ADVOGADO** : HAE KYUNG KIM - SP177077  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
**PACIENTE** : ESMAEL WAGNER NASCIMENTO DE FARIAS

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. PEDIDOS PREJUDICADOS. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA PENA. *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.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

3. Hipótese em que a Corte Regional, atenta as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (27.980g de *ecstasy* e 175g de *LSD*) para fixar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 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, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas.

5. Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

6. Segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM, contudo, fica vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, na primeira para majorar a pena-base 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, sob pena de indevido *bis in idem* (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).

7. Os pedidos de alteração do regime prisional e de aplicação da permuta legal



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estão prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e afaste o *bis in idem* identificado, verificando, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

### 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.

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal Regional, ao acolher, por maioria, o recurso ministerial, procedeu à individualização da pena nos seguintes moldes:

#### "VOTO CONDUTOR

Peço vênia para divergir do eminente Relator.

Com efeito, o altíssimo valor da droga apreendida com o apelante no mercado ilícito mundial - 27.980g (vinte e sete mil, novecentos e oitenta gramas) - massa líquida (fls. 9-10), de ecstasy (MDMA) e 10.301 selos, em 15 folhas, contendo pontos de LSD, 175 gramas (massa bruta) -, é fator indicativo de integração do acusado a organização criminosa, não se caracterizando, em casos desse jaez, como traficante eventual, pois a organização não confiaria tamanha quantidade de tal droga a pessoa sem nenhum vínculo com o grupo criminoso.

Assim, afasto a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, resultando na pena final de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa.

No mais, acompanho sua Excelência.

[...]

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY (Relator):

[...]

#### DOSIMETRIA DA PENA PRIMEIRA FASE

Mantida a condenação pelo crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, passo ao exame da dosimetria da pena.

A sentença condenou o acusado como incurso nos artigos 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I da Lei n.º 11.343/2006, à pena definitiva de 3 anos e 11 meses e 13 dias de reclusão, no regime inicial aberto e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente.

Na primeira fase da dosagem da pena, o MM. Juiz *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 5 anos e 7 meses de reclusão, em razão da grande quantidade de droga.

Quanto à pena-base, é razoável e proporcional sua exasperação para 7 anos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e ao pagamento de 700 dias-multa, em virtude da natureza e da grande quantidade de droga apreendida.

Dispõe o artigo 42, da Lei n. 11.434/06 que "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." A quantidade da substância, que confere maior reprovabilidade à conduta social, e a nocividade da droga apreendida (cocaína) permitem a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, que estabelece estes dois parâmetros como circunstâncias preponderantes àquelas do art. 59 do Código Penal.

[...]

### SEGUNDA FASE

*In casu*, no interrogatório judicial o acusado reconheceu como verdadeiros os fatos contra ele imputados, confessando-os, portanto.

A circunstância atenuante do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal (confissão) deve ser reconhecida ainda que o réu tenha sido preso em flagrante delito, bastando o reconhecimento da prática do crime.

[...]

Destarte, deve ser mantida a sentença no tocante ao reconhecimento da circunstância atenuante da confissão (art. 65, III, d, do Código Penal) com redução da pena, à razão de 1/6, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa.

### TERCEIRA FASE

Na terceira fase, a pena foi elevada em função da transnacionalidade de 1/6, para 5 anos, 11 meses e 5 dias e, ao depois, reduzida de 1/3 para 3 anos, 11 meses e 13 dias de reclusão, em virtude do § 4º, do art. 33, da lei n. 11.343/06.

Na hipótese, mister a manutenção da aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I da Lei n.º 11.343/2006, conforme fundamentado quando da análise da transnacionalidade e autoria, uma vez que restou amplamente demonstrada a intenção do réu de transportar a substância entorpecente advinda de território estrangeiro.

Ainda, o percentual aplicado pela sentença relativamente à internacionalidade do delito, à razão de 1/6 deve ser mantido, por se mostrar necessário e suficiente.

Não deve haver exasperação maior em vista do iter a ser percorrido, uma vez que esse critério não fora adotado pelo legislador, tampouco há de se falar que se trata de parâmetro fixado na jurisprudência majoritária.

Assim, aplicada a causa de aumento de pena em questão, à razão de 1/6, a pena será majorada para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa.

Não havendo outras causas de aumento de pena, quer do Código Penal, quer da lei especial, de se analisar as possíveis causas de diminuição da pena.

[...] (e-STJ, fls. 46 e 52-57)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes à quantidade e à natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se que a Corte de origem considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (27.980g de *ecstasy* e 175g de *LSD*), para elevar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legal, conforme autoriza a jurisprudência deste Tribunal Superior.

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

4. 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. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 972.363/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. MATÉRIA REFUTADA NA ORIGEM. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. [...] AUSÊNCIA OU AMEAÇA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

4. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. No caso dos autos, a pena-base afastou-se do mínimo legal com base



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na quantidade da droga apreendida, fundamentação que se encontra em consonância com nossa jurisprudência.

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 372.028/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

Dessa forma, levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito (5 a 15 anos) e a apresentação de fundamentos válidos, elencados inclusive como preponderantes, não se mostra desproporcional o aumento operado a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Quanto à incidência da minorante do tráfico privilegiado, assiste razão, em parte, ao impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 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, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No entanto, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, **em sede de repercussão geral**, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), está vedada a dupla aferição da quantidade e da natureza da droga, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de indevido *bis in idem*.

Na hipótese, segundo se observa, o Tribunal *a quo* considerou, indevidamente, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (27.980g de *ecstasy* e 175g de *LSD*), tanto para exasperar a pena-base, como para modular a minorante, em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte.

A propósito confirmam-se os julgados do STJ que respaldam esse entendimento:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. ARGUMENTO SUPERADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA VALORADA TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PEDIDOS PREJUDICADOS. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA PENA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no ARE 666.334/AM, está vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou seja para negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de indevido *bis in idem* (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).

4. Os pedidos de alteração do regime prisional e de aplicação da permuta legal estão prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria.

5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e afaste o *bis in idem* identificado, verificando, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP.”

(HC 376.129/SC, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 28/8/2017).

E, do STF:

"*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1 kg de *crack*). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade, nessa hipótese, de sua valoração negativa, cumulativamente, na terceira fase da dosimetria. Precedentes. [...] 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. 2. Todavia, não se admite sua valoração negativa, cumulativamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14). [...] 5. Ordem parcialmente concedida, para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e determinar ao juízo das execuções que, fundamentadamente, fixe o percentual correspondente de redução.

(HC 133.752, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/05/2016, PUBLIC 10/6/2016).

"*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 11.343/2006. *BIS 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 11.343/2006.

[...] 5. Ordem parcialmente concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida e à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar que reputar necessário à repressão e prevenção do crime.

(HC 123.168/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 21/10/2014, PUBLIC 14/11/2014).

Desse modo, uma vez verificada manifesta ilegalidade no cálculo da pena, cabe ao Tribunal de origem **definir** em que etapa da dosimetria a quantidade de droga será considerada, afastando o *bis in idem* verificado.

Os pedidos de alteração do regime prisional e aplicação da permuta legal ficam prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos 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.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal *a quo* proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o *bis in idem* ora identificado, bem como para que verifique a possibilidade de alteração do regime prisional, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0197982-9

**HC 411.507 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00092762620114036119 201161190092761 92762620114036119

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : HAE KYUNG KIM  
ADVOGADO : HAE KYUNG KIM - SP177077  
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
PACIENTE : ESMAEL WAGNER NASCIMENTO DE FARIAS

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.