



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.769 - DF (2014/0059255-7)

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 : CARLOS AUGUSTO FERREIRA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS GENÉRICOS. SUBSUMIDOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Hipótese em que o Juízo sentenciante considerou como desfavoráveis os motivos, a culpabilidade e as circunstâncias do crime, utilizando elementos genéricos e subsumidos ao próprio tipo penal e, portanto, de inviável utilização para o aumento da pena-base, razão pela qual merecem ser afastados.

4. *In casu*, o magistrado atuou em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida no momento da fixação da pena-base – 5,68g (cinco gramas e sessenta e oito centigramas) de cocaína. Relativamente à minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, entendeu pela aplicação da fração de 1/2 (metade), por se tratar de tráfico de "significativa quantidade de cocaína, droga de alto poder estupefaciente [...] "demonstrativo que o réu não é tão neófito na senda do tráfico de entorpecentes". A Corte *a quo*, por sua vez, consignou que a quantidade e a natureza da droga apreendida além conduzir a fixação da pena-base acima do mínimo legal, permite manter a redução em 1/2, tendo em vista que a cocaína tem alto poder lesivo, assim como a quantidade apreendida com os réus (61,73g) não é ínfima, mas também não é exacerbada.

5. A utilização da quantidade 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

6. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).

7. Situação que demanda o refazimento da dosimetria, afastando-se na primeira etapa as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas, bem como a quantidade e a qualidade da droga, fixando o apenamento básico em 5 anos de reclusão.

8. Patamar da redução pelo tráfico privilegiado que se mantém em 1/2, visto que a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

9. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, constatada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza da droga apreendida, valorada na terceira fase da dosimetria da pena e elencadas legalmente como circunstância preponderante.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como o *bis in idem* e fixar a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e o pagamento de 250 dias-multa, em regime inicial para o semiaberto, mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos fixadas na sentença condenatória.

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 agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.769 - DF (2014/0059255-7)

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 : CARLOS AUGUSTO FERREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, em favor de **CARLOS AUGUSTO FERREIRA DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, com outro corrêu, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo substituído a pena corporal por restritivas de direitos.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo ministerial para afastar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos do corrêu Paulo, bem como alterou o regime para o semiaberto de ofício.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena aplicada, alegando que a quantidade da droga apreendida (5,68g de cocaína) não se revela excessiva, tendo a pena-base sido exasperada com base em argumentos genéricos e próprios do tipo incriminador.

Sustenta que, embora o paciente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, com base tão somente na quantidade do entorpecente apreendido, o que constitui flagrante constrangimento ilegal.

Salienta que o paciente é primário e a pena foi fixada em patamar inferior a 4 anos, devendo-se fixar o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c" do Código Penal.

Requer a fixação da pena-base mínimo legal, a aplicação do redutor em seu patamar máximo e a fixação do regime inicial aberto.

Sem pedido liminar, foram requeridas informações à autoridade coatora e ao Juízo de primeiro grau e, após, deu-se vista ao Ministério Público Federal (e-STJ, fl. 49).

Informações prestadas (e-STJ, fl. 56).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 103-108)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.769 - DF (2014/0059255-7)

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 : CARLOS AUGUSTO FERREIRA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS GENÉRICOS. SUBSUMIDOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Hipótese em que o Juízo sentenciante considerou como desfavoráveis os motivos, a culpabilidade e as circunstâncias do crime, utilizando elementos genéricos e subsumidos ao próprio tipo penal e, portanto, de inviável utilização para o aumento da pena-base, razão pela qual merecem ser afastados.

4. *In casu*, o magistrado atuou em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida no momento da fixação da pena-base – 5,68g (cinco gramas e sessenta e oito centigramas) de cocaína. Relativamente à minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, entendeu pela aplicação da fração de 1/2 (metade), por se tratar de tráfico de "significativa quantidade de cocaína, droga de alto poder estupefaciente [...] "demonstrativo que o réu não é tão neófito na senda do tráfico de entorpecentes". A Corte *a quo*, por sua vez, consignou que a quantidade e a natureza da droga apreendida além conduzir a fixação da pena-base acima do mínimo legal, permite manter a redução em 1/2, tendo em vista que a cocaína tem alto poder lesivo, assim como a quantidade apreendida com os réus (61,73g) não é ínfima, mas também não é exacerbada.

5. A utilização da quantidade 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do STJ e do STF.

6. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).

7. Situação que demanda o refazimento da dosimetria, afastando-se na primeira etapa as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas, bem como a quantidade e a qualidade da droga, fixando o apenamento básico em 5 anos de reclusão.

8. Patamar da redução pelo tráfico privilegiado que se mantém em 1/2, visto que a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

9. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, constatada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza da droga apreendida, valorada na terceira fase da dosimetria da pena e elencadas legalmente como circunstância preponderante.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como o *bis in idem* e fixar a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e o pagamento de 250 dias-multa, em regime inicial para o semiaberto, mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos fixadas na sentença condenatória.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

O Juiz sentenciante fixou a pena final do ora paciente em 3 anos de reclusão, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 33-36):

"1ª fase: - circunstâncias judiciais

Culpabilidade: o réu agiu com culpabilidade exacerbada para os crimes desta natureza, de tal modo que sua ação foi marcada por alto grau de reprovabilidade.

Antecedentes e conduta social: o acusado é primário, e, ao que tudo indica, portador de boa conduta social.

Personalidade: não há dados concretos a respeito.

Motivos do crime: nesse particular, registre-se que o réu recorreu ao tráfico com a intenção de obter lucro com essa atividade criminosa.

Circunstâncias do crime: aqui vale registrar que o réu estava realizando tráfico em área residencial, - localizada nas imediações da QNN 19, Conjunto G Casa 12 - Ceilândia Norte/DF, fato que faz agravar o juízo de censura que recai sobre seu comportamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Circunstância especial prevista no art 42 da lei de Drogas: Natureza e quantidade da droga: nesse particular, a ação do réu também se mostra reprovável, haja vista a apreensão de significativa quantidade de droga, a saber: 11 (onze) porções com massa líquida de 5,68g (cinco gramas e sessenta e oito centigramas) de cocaína.

Assim, levando-se em conta o disposto acima, fixo-lhe a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

2ª fase - agravantes e atenuantes

Não há agravantes, nem atenuantes.

3ª fase - causas de aumento e de diminuição

Na terceira fase, registro a presença da causa de diminuição prevista no art.33, § 4º da Lei 11.343/06, razão pela qual, minoro a sua pena em 1/2 (metade), tendo em vista que, não obstante o acusado possuir primariedade e bons antecedentes, trata-se de tráfico de significativa quantidade de cocaína, droga de alto poder estupefaciente, praticado em área residencial.

Pena definitiva - A pena privativa de liberdade fica definitivamente fixada em 3 (três) anos de reclusão.

Pena de multa - No que tange à pena de multa, atento ao disposto no artigo 43 da Lei de Drogas, fixo-a em 300 (trezentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época da prática do crime.

[...]

3.3. DISPOSIÇÕES FINAIS

A pena dos réus deverá ser cumprida em regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07.

[...]

Em face da determinação legal contida no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, acima já mencionada, inaplicável ao caso o § 2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela novel Lei 12.736/12.

[...] há que se reconhecer que os réus fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade, ora fixada, pelas seguintes restritivas de direitos: a) prestação de serviços à comunidade [...] e b) pena pecuniária."

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deu parcial provimento ao apelo ministerial tão somente para afastar a substituição da pena por restritivas de direitos do corréu Paulo, concedendo *habeas corpus* de ofício para fixar aos acusados o regime semiaberto como inicial de seu cumprimento, mantendo a pena fixada pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 18):

"Divergentes os votos dos eminentes Relator e Revisor, pedi vista. Com relação à pertinência de aplicação da causa de diminuição do §4º, não há dúvidas. O redutor é direito subjetivo dos réus quando preenchidos os requisitos legais. Na hipótese, são primários, de bons antecedentes e inexistem elementos que apontem dedicação a atividades criminosas ou que integrem organização criminosa. A dissensão recai sobre a fração adequada ao caso.

O artigo 42 da Lei de Drogas, além de conduzir a fixação da pena-base, também influencia a quantidade da causa de diminuição. Peço vênha ao Relator para manter a redução de 1/2 (metade), aplicada pelo sentenciante. De fato, a droga apreendida - cocaína - é de alto poder lesivo. Porém a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade -61,73g (sessenta e um gramas e setenta e três centigramas), apesar de não ser ínfima, exacerbada também não é. O parâmetro médio mostra-se proporcional e suficiente. O *quantum* das penas fica inalterado."

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Verifica-se, inicialmente, que o Juízo sentenciante considerou como desfavoráveis os motivos, a culpabilidade e as circunstâncias do crime, utilizando elementos genéricos e subsumidos ao próprio tipo penal e, portanto, de inviável utilização para o aumento da pena-base, razão pela qual merecem ser afastados. Nesse sentido: HC n. 326.748/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, 26/8/2016.

Na sequência, o magistrado atuou em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida no momento da fixação da pena-base – *in casu*, 5,68g (cinco gramas e sessenta e oito centigramas) de cocaína.

Relativamente à minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o Juiz de primeiro grau entendeu pela aplicação da fração de 1/2 (metade), por se tratar de tráfico de "significativa quantidade de cocaína, droga de alto poder estupefaciente".

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o *quantum* da pena aplicado, consignado que a quantidade e a natureza da droga apreendida além conduzir a fixação da pena-base acima do mínimo legal, permite manter a redução em 1/2, tendo em vista que a cocaína tem alto poder lesivo, assim como a quantidade apreendida com os réus (61,73g) não é ínfima, mas também não é exacerbada.

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Por sua vez, 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 não ser 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*.

Em consonância com esse posicionamento, identifico a **manifesta ilegalidade** sustentada pela defesa, uma vez que, em razão do mesmo fato – a quantidade e a natureza de drogas –, o paciente teve a pena agravada por duas vezes.

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 a **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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014, grifo no original.)

Colaciono o seguinte 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

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.

No mesmo sentido, 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 HC's 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.º 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.)

Portanto, o acórdão impugnado não observou o firmado no ARE 666.334/MG, ao utilizar, cumulativamente, a quantidade da droga para aumentar a pena-base e para afastar a causa de diminuição do art. 4º, § 3º, da Lei n. 11.343/2006, o que configura manifesta ilegalidade a autorizar a concessão da ordem de ofício para se afastar o *bis in idem* verificado.

Como cediço, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, sendo **manifesta a coação ilegal** imposta ao paciente, é de rigor a concessão da ordem de ofício para que o Tribunal *a quo* **proceda ao refazimento da pena**, quanto ao *bis in idem* identificado, devendo considerar a quantidade e a natureza da droga, apenas, em uma etapa da dosimetria, definindo, por conseguinte, o regime inicial de cumprimento de pena nos termos da legislação de regência (art. 33 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas).

No entanto, em que pese o entendimento firmando por este Tribunal Superior, verifica-se, na hipótese, situação peculiar a demandar o refazimento da dosimetria neste próprio *writ*.

Dessa forma, entendo por afastar na primeira etapa da dosimetria as circunstâncias judiciais já referidas, bem como a consideração da quantidade e da qualidade da droga, fixando o apenamento básico em 5 anos de reclusão.

Quanto ao patamar da redução pelo tráfico privilegiado, mantenho-a em 1/2, visto que a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando constatada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A esse respeito:

"(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR ADOTADO. INVIABILIDADE.

1. Sabe-se que § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. Inexiste ilegalidade na aplicação da minorante na fração de 1/6 (um sexto), porquanto devidamente fundamentada na gravidade concreta da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta.

(...)

3. Habeas Corpus não conhecido."

(HC 331.685/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.)

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido."

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016.)

Desse modo, reconhecido o alegado *bis in idem*, para afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na primeira fase, e manter o patamar fixado na terceira etapa, fixo a pena em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Em relação ao regime prisional, consoante bem ressaltado pelo Tribunal *a quo*, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação 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 por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, constatada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza da droga apreendida, valorada na terceira fase da dosimetria da pena e elencadas legalmente como circunstância preponderante.

A seguir, precedentes nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.

- 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.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

- 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, destaca-se que fica mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos nos moldes fixados pelo Juízo sentenciante e ratificado pela Corte *a quo*.

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como o *bis in idem* e fixar a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, em regime inicial para o semiaberto, mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos fixadas na sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0059255-7

HC 290.769 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20130110106183

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

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	: CARLOS AUGUSTO FERREIRA DA SILVA
CORRÉU	: PAULO GUILHERME PEREIRA NUNES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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.