



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.860 - GO (2015/0102903-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO
ADVOGADO : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MARCOS VINICIO BATISTA DE SOUSA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS INERENTES A PRÓPRIA CULPABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL. ANÁLISE PREJUDICADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. O aumento da pena-base em razão da valoração negativa da culpabilidade, apoiada tão somente em argumentos inerentes ao próprio juízo de reprovação social do agente (imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), é manifestamente ilegal.
3. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), esta Corte tem decidido que configura *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, excluída a valoração negativa da culpabilidade e o *bis in idem* ora identificado, bem como para que verifique o regime prisional adequado nos termos do art. 33 do CP.

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.860 - GO (2015/0102903-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO
ADVOGADO : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MARCOS VINICIO BATISTA DE SOUSA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **MARCOS VINICIO BATISTA DE SOUSA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta dos autos que foi proferida sentença que desclassificou o crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, inicialmente imputado ao paciente, para o do art. 28 da referida lei, remetendo-se os autos ao Juizado Especial Criminal.

O Ministério Público estadual interpôs apelação, que foi provida para condenar o paciente pelo crime de tráfico de drogas, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa.

Nesta Corte, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, uma vez que preenche os requisitos legais para o cumprimento da pena em regime mais brando, em consonância com o entendimento firmado pelo STF no HC n. 111.840/ES.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime semiaberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 714-717).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 725-747), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para que o Juízo da Execução analise o regime prisional cabível (e-STJ, fls. 752-757).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.860 - GO (2015/0102903-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO
ADVOGADO : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MARCOS VINICIO BATISTA DE SOUSA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS INERENTES A PRÓPRIA CULPABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL. ANÁLISE PREJUDICADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. O aumento da pena-base em razão da valoração negativa da culpabilidade, apoiada tão somente em argumentos inerentes ao próprio juízo de reprovação social do agente (imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), é manifestamente ilegal.

3. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), esta Corte tem decidido que configura *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, excluída a valoração negativa da culpabilidade e o *bis in idem* ora identificado, bem como para que verifique o regime prisional adequado nos termos do art. 33 do CP.

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.

Na espécie, a existência de manifesta ilegalidade imposta ao paciente, prejudicial ao exame do mérito deste *mandamus*, uma vez que a definição do regime prisional deve ser feita à luz do art. 59 do CP, reclama a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial para condená-lo como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, procedeu à dosimetria da pena nos seguintes termos:

"Passo, agora, a dosar as penas a serem aplicadas na forma dos arts. 59 e 60 do CP, **preponderando as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de Drogas.**

Culpabilidade: **reprovável em médio grau**, presentes todos os seus elementos, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Antecedentes: considero bons, pois a certidão constante às fls. 148/149 não informa a data do trânsito em julgado do outro processo em seu desfavor, bem como a fotocópia do voto e acórdão de fls. 205/223 não registra a data do crime e nem o trânsito em julgado daquela decisão.

Conduta social: é favorável ao réu, haja vista que não há informações em sentido contrário.

Personalidade: inexistem nos autos elementos suficientes para a regular análise da personalidade do réu, o que não o prejudica.

Motivos: lucro fácil, sem a necessidade de lançar-se constantemente ao suor diário, sendo que o recorrido é pessoa saudável e tinha condições de se sustentar trabalhando tão só de forma lícita, mas deixo de considerar em seu desfavor, por ser ínsito do tipo.

Circunstâncias: normais do tipo, não havendo alteração substancial no *modus operandi*.

Consequências: não foram tão graves, pois a droga foi apreendida antes de sua disseminação.

Comportamento da vítima: trata-se de crime contra a saúde pública, portanto vago, não havendo que se falar em comportamento da vítima.

Assim, **tendo em vista que nem todas as circunstâncias são favoráveis ao apelado, fixo a pena base em 07 (sete anos) de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.**

Não há atenuantes ou agravantes a serem apreciadas

Reconheço em favor do denunciado a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar intermediário, por ser ele primário, de bons antecedentes, além de não estar envolvido em nenhuma organização criminosa do tráfico de drogas e, ainda, **pela qualidade da droga, razão pela qual reduzo a pena em um terço, ou seja**, como não há outras causas de diminuição ou aumento de pena a serem consideradas, fixo a pena definitivamente em 04 (quatro) anos e oito meses de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, cada dia-multa arbitrado no mínimo legal em razão da insuficiente condição econômica do apelado.

Do regime inicial de cumprimento de pena.

A pena privativa de liberdade aplicada ao sentenciado será cumprida no regime inicial fechado." (e-STJ, fls. 655-657, grifou-se.)

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.

Segundo se depreende do acórdão impugnado, foram consideradas como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis as circunstâncias preponderantes do art. 42 da Lei de Drogas (quantidade e natureza da droga) e a culpabilidade do agente para o aumento da pena-base em dois anos de reclusão.

Contudo, verifica-se que o Tribunal de origem não trouxe qualquer dado concreto dos autos para a valoração negativa da culpabilidade, limitando-se a afirmar que estavam presentes suas elementares (imputabilidade; consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), o que, por óbvio, não constituem fundamentos idôneos para a majoração da sanção, uma vez que inerentes ao juízo de reprovação social do fato e do agente.

Do mesmo modo, não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza e da quantidade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que a dupla valoração da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REPERCUSSÃO GERAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza *bis in idem* tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

IV - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. STF sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena da paciente."

(HC 312.659/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/6/2015.)

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA CONSIDERADAS EM DOIS MOMENTOS DISTINTOS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. MENSURAÇÃO DO MAIOR OU MENOR ENVOLVIMENTO DO ACUSADO COM O TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática em que se concede ordem de *habeas corpus* de ofício, para reduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base ao mínimo legal, quando evidenciado que a quantidade e diversidade da droga apreendida foi considerada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a posição adotada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade de consideração da natureza e quantidade de droga apreendida em dois momentos distintos do critério trifásico, engloba a consideração do maior ou menor envolvimento do réu com o tráfico de drogas, não servindo referido posicionamento apenas para evitar a consideração da circunstância no percentual de aumento da pena-base e diminuição, em razão da minorante.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 308.020/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 22/6/2015.)

Portanto, sendo **manifesta a coação ilegal** imposto ao paciente, é de rigor a concessão da ordem de ofício para que o Tribunal *a quo* **proceda ao refazimento da pena**, afastando a valoração negativa da culpabilidade, e, quanto ao *bis in idem* identificado, seja considerada a quantidade e a natureza da droga, apenas, em uma etapa da dosimetria. Por conseguinte, seja definido o regime inicial de cumprimento de pena nos termos da legislação de regência (art. 33 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas).

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, declarada 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, a reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, conforme as razões acima expostas, e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0102903-2

HC 322.860 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0932010 201094063916 201100254026 201190254026 254023720118090175
4063918820108090175 932010

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO
ADVOGADO : WALBER BROM VIEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MARCOS VINICIO BATISTA DE SOUSA (PRESO)

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.