



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.752 - RS (2014/0319861-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SABRINA GAZZOLA TATIM
ADVOGADO : SABRINA GAZZOLA TATIM - RS063032
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALEX SANDRO LOPES DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA CONSIDERADA NOVAMENTE. *BIS IN IDEM*. ARE 666.334/MG. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. *WRIT* 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.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no 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, embora tenha sido utilizado argumento válido para a majoração da reprimenda inicial (a natureza da droga) e seja razoável a definição do índice de aumento em 1/6, o Tribunal de origem incorreu em indevido *bis in idem*, ao sopesar idêntica circunstância na escolha do patamar de redução da pena pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ARE 666.334/MG, STF).

4. À minguada de outros elementos probatórios, e considerando a primariedade e os bons antecedentes do agente, aliados ao fato de ser inexpressiva a quantidade de droga apreendida (7 pedras de *crack*), a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal, em 2/3. Precedentes.

5. Sendo desfavoráveis uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o *bis in idem* verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 166 dias-multa.

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), 14 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.752 - RS (2014/0319861-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : SABRINA GAZZOLA TATIM

ADVOGADO : SABRINA GAZZOLA TATIM - RS063032

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ALEX SANDRO LOPES DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ALEX SANDRO LOPES DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que o paciente foi condenado pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tendo sido-lhe aplicada a pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 5 meses.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão.

Neste *writ*, o impetrante alega ser desarrazoado o aumento da pena-base em um ano de reclusão com fundamento na natureza da droga apreendida, quando se trata de apenas 7g de *crack*. Afirma, ainda, que o paciente preenche os requisitos legais para ser beneficiado com a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo. Defende, também, que a gravidade abstrata do delito não é fundamento válido para a imposição do regime mais rigoroso, conforme entendimento sedimentado nas Súmulas 718 e 719 do STF.

Requer, assim, a redução da pena-base, a aplicação da minorante em 2/3 e, por conseguinte, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 385-392).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.752 - RS (2014/0319861-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : SABRINA GAZZOLA TATIM
ADVOGADO : SABRINA GAZZOLA TATIM - RS063032
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALEX SANDRO LOPES DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA CONSIDERADA NOVAMENTE. *BIS IN IDEM*. ARE 666.334/MG. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. *WRIT* 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.
2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no 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, embora tenha sido utilizado argumento válido para a majoração da reprimenda inicial (a natureza da droga) e seja razoável a definição do índice de aumento em 1/6, o Tribunal de origem incorreu em indevido *bis in idem*, ao sopesar idêntica circunstância na escolha do patamar de redução da pena pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ARE 666.334/MG, STF).
4. À minguada de outros elementos probatórios, e considerando a primariedade e os bons antecedentes do agente, aliados ao fato de ser inexpressiva a quantidade de droga apreendida (7 pedras de *crack*), a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal, em 2/3. Precedentes.
5. Sendo desfavoráveis uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.
6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o *bis in idem* verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 166 dias-multa.

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 ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Conforme relatado, a decisão de primeiro grau julgou parcialmente procedente a acusação inicial, tão-somente, para condenar o paciente pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (posse de entorpecente para uso próprio).

Irresignada, a acusação apelou, tendo sido dado provimento ao recurso ministerial para condenar o paciente pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

O Tribunal estadual procedeu a readequação da pena nos seguintes termos:

Atendendo as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, quanto à culpabilidade, verifica-se que o réu é imputável, perfeitamente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta. A reprovabilidade do seu agir, contudo, não se afastou do grau ordinário.

O acusado é primário, teve a conduta abonada e não há elementos para a verificação da sua personalidade.

As circunstâncias são reprováveis em razão da natureza da droga (07 pedras de crack), conforme preceitua o art. 42 da Lei de Tóxicos.

As consequências revelam-se próprias do tipo.

Por sua vez, a motivação era a garantia do lucro fácil, não havendo vítima específica.

Ante a análise feita, fixo a pena-base em 06 anos de reclusão.

Na segunda fase, tendo em vista que o réu tinha apenas 20 anos ao tempo do fato, diminuo a pena em um ano, forte no art. 65, inciso I, do Código Penal.

Dando seguimento, na última fase, considerando a primariedade de Alex Sandro e as peculiaridades dos autos, que revelaram ter o denunciado recém ingressado na atividade delituosa (três dias, por dificuldades financeiras e de saúde enfrentadas por sua família, conforme documentos de fls. 40/64), **reconheço a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, em virtude da natureza da droga, a causa de diminuição de pena deve incidir em fração mínima (1/6). Segundo o Psiquiatra Eduardo Kalina, o consumo de crack atinge "o cérebro frontal, que é a região que pertine sermos pessoas civilizadas". Parafraseando o médico argentino, "o crack faz voltar o Homem de Neandertai, destrói o homo sapiens".²

Torno, assim, a pena definitiva em de 04 anos e 02 meses de reclusão. (e-STJ, fls. 257-258 - grifo nosso).

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 estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. E, 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 a quantidade e a 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, segundo se observa, embora tenha sido utilizado argumento válido para majorar a reprimenda inicial e seja razoável a definição do índice de aumento em 1/6, pela aferição desfavorável da natureza da droga apreendida (*crack*), o Tribunal de origem incorreu em indevido *bis in idem*, ao valorar também tal circunstância na escolha do patamar para a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A teor 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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido 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 com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Entretanto, conforme entendimento firmado pela Suprema Corte, **em sede de repercussão geral**, no ARE 666.334/MG, é vedada a utilização, concomitantemente, da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de configuração de indevido "bis in idem".

A propósito o julgado desta Corte que respalda esse entendimento:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 utilização da quantidade, da natureza e da diversidade 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 jurisprudência desta Corte, em consonância com o 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." (HC 364.866/SP, Rel. Ministro de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

E, do STF:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). 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 nº 11.343/06. 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 nº 11.343/06. 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 nº 11.343/06 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 10-06-2016).

"*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 11.343/06. *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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. [...] 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 123.168/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 21/10/2014, PUBLIC 14/11/2014).

Desse modo, sendo manifesta a ilegalidade no cálculo da pena, haja vista a valoração do mesmo fato, em momentos diversos, para agravar a pena do paciente, a ordem deve ser concedida, de ofício, para sanar o vício verificado.

Com efeito, a múnua de outros elementos probatórios, e considerando a primariedade e os bons antecedentes do paciente, assim como a inexpressiva quantidade de droga, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

A seguir os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Suprema Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A utilização concomitante da quantidade e natureza de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura *bis in idem*.

In casu, a pena-base foi exacerbada em 1/6 em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas, sendo que na terceira fase, a Corte estadual reduziu para 1/6 a fração da causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos.

Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, em nova análise da dosimetria da pena, deve ser mantida a pena fixada na sentença, em que o aumento da pena-base (1/6) foi fundamentado na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos e mostra-se razoável, pois está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP, aplicando na terceira fase a minorante no máximo permitido (2/3), restando a pena fixada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa.

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

Na hipótese, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) foi utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal. Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como veda a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44, inciso III, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para ratificar a pena imposta pelo Juízo de primeiro grau, redimensionando-a para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.

(HC 371.704/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA NÃO EVIDENCIADA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 APLICADA, PARA EVITAR O VEDADO *NE BIS IN IDEM*. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de flagrante ilegalidade.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que não reconheceu a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se a atividades criminosas, quando as circunstâncias do delito não apontam referida dedicação.

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido bis in idem a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal e, também, para definir o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e o novo montante da pena (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a quantidade e a nocividade da droga apreendida, elementos que, inclusive, justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 195 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 366.916/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pena-base fica estabelecida em 6 anos de reclusão mais 583 dias-multa, pela valoração desfavorável da natureza da droga apreendida. Presente a atenuante da menoridade, a pena intermediária volta ao mínimo legal (5 anos de reclusão mais 500 dias-multa), conforme estabelecido no acórdão impugnado. Na terceira fase, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, tornando-a definitiva em **1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias multa**.

O regime prisional deve ser alterado para o semiaberto, tendo em vista o *quantum* da sanção corporal e a valoração desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a desfavorabilidade de três circunstâncias judiciais, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas (uma porção de maconha, pesando 26,31 gramas, e uma porção de *crack*, com peso de 24,80 gramas) efetivamente justificam a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 785.585/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime prisional semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos."

(AgRg no AREsp 755.696/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/12/2015.)

No que tange ao pedido de deferimento da permuta legal, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, tendo sido, inclusive, tal proibição suprimida do texto legal, por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há óbice à concessão da referida benesse aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

In casu, utilizada a natureza da droga para justificar a exasperação da pena-base, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

[...] - Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 anos e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, assim como para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0319861-0

HC 310.752 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01920900045423 02176055320098217000 1920900045423 2176055320098217000
70029884293 70033569344

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SABRINA GAZZOLA TATIM
ADVOGADO : SABRINA GAZZOLA TATIM - RS063032
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALEX SANDRO LOPES DA SILVA

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.