



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.771 - DF (2014/0059257-0)

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 : PAULO GUILHERME PEREIRA NUNES

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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. *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 – 56,73g (cinquenta e seis vírgula e setenta e três gramas) 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".

5. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, não se admite 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.

6. 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 06/05/2014), tem decidido que a dupla



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valoração da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

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. Utilizada a quantidade e a natureza da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar 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.

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), 10 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.771 - DF (2014/0059257-0)

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 : PAULO GUILHERME PEREIRA NUNES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso impetrado em favor de **PAULO GUILHERME PEREIRA NUNES**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 300 (trezentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, tendo sido concedido o direito de apelar solto.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso ministerial para afastar a substituição da pena, e concedeu ordem de ofício para estabelecer o regime inicial semiaberto.

Neste *writ*, alega que as instâncias ordinárias se basearam em elementos inidôneos e alguns inerentes ao tipo penal para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Afirma que a quantidade da droga, por si só, não é capaz de elevar a pena para 6 (seis) anos, quando as demais circunstâncias são favoráveis ao réu.

Aponta flagrante constrangimento na escolha do patamar de redução, de apenas 1/2 (metade), bem como do regime semiaberto.

Entende que o paciente faz jus à substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 2/3, a fixação do regime aberto de cumprimento da pena e a sua substituição por restritivas de direitos.

Sem pedido liminar, foram solicitadas informações, devidamente prestadas (e-STJ, fls. 55-72 e 80-115).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* com a concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 119-142).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.771 - DF (2014/0059257-0)

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 : PAULO GUILHERME PEREIRA NUNES

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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. *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 – 56,73g (cinquenta e seis vírgula e setenta e três gramas) 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".

5. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, não se admite 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.

6. 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 06/05/2014), tem decidido que a dupla valoração da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

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. Utilizada a quantidade e a natureza da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar 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.

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:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

censura que recai sobre seu comportamento.

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: 1 (uma) porção com massa líquida de 56,73g (cinquenta e seis gramas e setenta e três 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. Além disso, foi apreendida uma balança de precisão, demonstrativo que o réu não é tão neófito na senda do tráfico de entorpecentes.

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." (e-STJ, fls. 34-35.)

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, concedendo *habeas corpus* de ofício para fixar o regime semiaberto como inicial de seu cumprimento.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*, 56,73g (cinquenta e seis vírgula e setenta e três gramas) 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 [...] demonstrativo que o réu não é tão neófito na senda do tráfico de entorpecentes".

No entanto, segundo jurisprudência dos Tribunais Superiores, não se admite 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, com efeito, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 06/05/2014), 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.)

Como cedoço, 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.)

No que tange ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", que foram inclusive suprimidas do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, utilizada a quantidade e a natureza da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do crime.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- 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 o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na quantidade e na nocividade da droga apreendida (47,9g de cocaína).

- Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos (pena de 2 anos e 6 meses de reclusão), cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de afastar 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0059257-0

HC 290.771 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20130110106183

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES 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	: PAULO GUILHERME PEREIRA NUNES
CORRÉU	: CARLOS AUGUSTO FERREIRA DA SILVA

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.