



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.528 - SP (2017/0117822-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HOMERO SILLES
ADVOGADO : HOMERO SILLES - SP068842
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADA TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organizações criminosas.

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

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

5. O pedido de alteração do regime prisional está prejudicado, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 08 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.528 - SP (2017/0117822-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HOMERO SILLES
ADVOGADO : HOMERO SILLES - SP068842
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LUAN HENRIQUE DOS SANTOS**, cuja autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 400 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa apelou perante o TJSP, que manteve a condenação.

Neste *writ*, alega o impetrante que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deveria ter sido fixado no patamar máximo, tendo em vista que não é expressiva a quantidade de apreendida.

Aduz que, considerando sua primariedade e a pena imposta, deve iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Requer, assim, a aplicação da minorante em 2/3 e o estabelecimento de regime menos gravoso.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 28)

Informações prestadas (e-STJ, fls. 34-79).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 83-85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.528 - SP (2017/0117822-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HOMERO SILLES
ADVOGADO : HOMERO SILLES - SP068842
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADA TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas.

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

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

5. O pedido de alteração do regime prisional está prejudicado, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

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

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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

Em primeiro grau, o Juiz sentenciante aplicou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/3, pelos seguintes fundamentos:

Passo à dosimetria da pena. Nada a destacar com relação à culpabilidade. Sem antecedentes valoráveis. Conduta social normal. Nada quanto à personalidade. Motivos comuns ao tipo. Circunstâncias desfavoráveis: primeiro, pela quantidade e natureza do tóxico destinado ao comércio, 80 gramas de cocaína, substância de acentuado potencial lesivo; segundo, porque o realizava-se o transporte intermunicipal da droga; terceiro, porque o delito foi praticado com concurso de três agentes, facilitando sua consecução. A vítima nesse tipo de delito é a Sociedade. Analisadas as circunstâncias judiciais, à luz da especial relevância das do artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, arbitro a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão. Não há causas atenuantes, não se considerando como tal a admissão de posse de drogas para consumo por Bruno. Por conta da primariedade dos acusados e da ausência de inequívoca evidência de dedicação às atividades ilícitas, fazem *jus* ao benefício do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com isso em conta, bem assim levando em consideração a possibilidade de realização de inúmeras vendas com a quantidade de tóxico destinada ao comércio, bem como, no que diz com Bruno, sua situação de desemprego quando do fato, a sinalizar um maior atrelamento com a atividade ilícita, minoro as penas de Luan e Wellington em 1/3 e de Bruno em 1/6, totalizando 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão. (e-STJ, fl. 51)

O Tribunal estadual, por sua vez, manteve o *quantum* aplicado, nos seguintes termos:

Quanto à sanção penal, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em especial em relação a BRUNO, em harmonia com os termos do artigo 59 do Código Penal, é coerente com a gravidade do crime, pois deve considerara forma adequada de repressão, à altura da conduta, em especial as circunstâncias fáticas essenciais, não se desconhecendo o efeito cascata de crimes dessa natureza. No caso específico do tráfico intermunicipal, crime que pode ter como consequência outros crimes, inclusive praticados com violência como é o caso do roubo -, e, por vezes, serve para alimentar outras práticas.

Registre-se a indevida atenuação das penas em terceira etapa, porque não haveria que se falar em aplicação do redutor especial (destacada a impossibilidade de sua retirada por falta de recurso do Ministério Público), quanto menos incidir em maior grau, pois: 1. comprovadamente os Réus integravam organização criminosa e faziam do crime suas atividades remunerativas, pois foram flagrado com razoável quantidade de entorpecentes (77,590 gramas de cocaína, em duas porções ainda não separadas), não sendo possível que alguém tivesse a confiança de um traficante-chefe para portar e vender o que tinha consigo, a não ser pela sua íntima relação com a ilícita conduta (...) 2. a aplicação indiscriminada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da benesse contraria o espírito da repressão penal mais severa que foi introduzido com a Lei nº 11.343/06; 3. a quantidade e a qualidade da droga inviabilizam a concessão da benesse da diminuição especial da pena, pois assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (...). (e-STJ, fls. 21-22).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, objetivou conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (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 4/8/2015, DJe 18/8/2015).

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

Na hipótese, segundo se observa, as instâncias ordinárias consideraram, indevidamente, a quantidade e a natureza da droga apreendida (aproximadamente 80 g de cocaína), tanto para exasperar a pena-base, como para modular a minorante, em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte.

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

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 11.343/2006). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1 kg de *crack*). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade, nessa hipótese, de sua valoração negativa, cumulativamente, na terceira fase da dosimetria. Precedentes. [...] 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. 2. Todavia, não se admite sua valoração negativa, cumulativamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14). [...] 5. Ordem parcialmente concedida, para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e determinar ao juízo das execuções que, fundamentadamente, fixe o percentual correspondente de redução. (HC 133.752, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/05/2016, PUBLIC 10/6/2016).

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do *bis in idem*. 3. A quantidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

O pedido de alteração do regime prisional fica prejudicado, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0117822-4

HC 400.528 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000999620178260996 00027505920168260407 1021364 20170000345751
27505920168260407 999620178260996

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HOMERO SILLES
ADVOGADO	: HOMERO SILLES - SP068842
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUAN HENRIQUE DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: BRUNO HENRIQUE VITOR DA CRUZ
CORRÉU	: WELLINGTON MOREIRA RODRIGUES MANOEL

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.