



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 401.021 - SC (2017/0121633-3)**

**RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PACIENTE : ISAIAS PEREIRA**

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO NA TERCEIRA FASE. CABIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA E DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, diga-se, ou na primeira ou na terceira fase, sob pena de indevido **bis in idem**, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

II - Tendo o magistrado utilizado a quantidade e a natureza da droga na terceira etapa da dosimetria, nenhuma ilegalidade há de ser sanada.

III - Quanto à fração de diminuição, em razão do privilégio, o eg. Tribunal de origem a manteve em 1/2 (metade), ao fundamento de que a quantidade e a natureza de droga apreendida (158,3g de cocaína) não permitiria a incidência da fração máxima. Logo, houve fundamentação concreta para a escolha do patamar fixado, o qual não pode ser considerado manifestamente desproporcional ou excessivo, dada a quantidade e a natureza da droga apreendida.

IV - O art. 44 do Código Penal, faculta ao julgador a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito, nos casos em que a reprimenda seja superior a 1 (um) ano de reclusão.

V - **In casu**, tendo em vista que o paciente conta com circunstância judicial desfavorável, as razões exaradas pelas instâncias ordinárias de substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mostram-se devidamente fundamentadas e idôneas.

**Habeas corpus** não conhecido.

### 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



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

conhecer do pedido e cassar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 401.021 - SC (2017/0121633-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
PACIENTE : ISAIAS PEREIRA

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **ISAIAS PEREIRA**, contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. A reprimenda corporal foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, o qual restou desprovido, nos termos da seguinte ementa:

*"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INACOLHIMENTO. APELANTE QUE COMPARECEU ACOMPANHADO DE ADVOGADO EM AUDIÊNCIA. ALEGAÇÃO QUE PRESSUPÔS EQUIVOCADAMENTE A AUSÊNCIA DO RÉU. PREFACIAL RECHAÇADA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS NA PRIMEIRA ETAPA DOSIMÉTRICA (CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS). IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO, NA SENTENÇA, PARA ESTABELECEER A FRAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DESSA MESMA LEI. USO DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS (NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA) SUJEITA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, VEDADO O BIS IN IDEM. ADEMAIS, EMPREGO QUE DEVE OCORRER PRIORITARIAMENTE NA TERCEIRA ETAPA DOSIMÉTRICA PARA PRESERVAR OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. SENTENÇA PRESERVADA NO PONTO.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*A fim de que não se incorra em bis in idem, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, a natureza e a quantidade das drogas, previstas como circunstâncias judiciais preponderantes a serem avaliadas na primeira etapa da dosimetria, devem ser consideradas preferencialmente apenas na terceira etapa dosimétrica; do contrário, violar-se-iam os princípios da legalidade e da individualização das penas, porque a minorante do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, quando aplicável, incidiria sempre na fração máxima.*

*PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS EM 2/3 (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA EM 1/2 (UM MEIO) NA SENTENÇA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA (158G DE COCAÍNA). MANUTENÇÃO.*

*PENA SUBSTITUTIVA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR 1 (UMA) PENA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSIÇÃO DE 2 (DUAS) PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NA SENTENÇA ADEQUADA. FIXAÇÃO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS SUJEITA AO ARBÍTRIO JUDICIAL. ADEMAIS, CRIME QUE POSSUI A SANÇÃO DE MULTA COMO PRECEITO SECUNDÁRIO.*

*EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). IMEDIATO CUMPRIMENTO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE SE IMPÕE.*

*RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR AFASTADA E DESPROVIDO" (fls. 233-234).*

No presente **writ**, o impetrante sustenta, em breve síntese, que: “No caso concreto, o paciente foi severamente prejudicado: optou-se por afastar 10 meses de pena na primeira fase e aplicar a minorante na fração de 1/2 na terceira fase, totalizando a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, em vez de exasperar-se a pena em 10 meses na primeira fase, em seguida reduzi-la ao mínimo legal em razão da incidência da atenuante da confissão espontânea (reconhecida ao paciente na sentença), e, ao final, aplicar a minorante na fração máxima de 2/3 na terceira fase, o que culminaria na pena definitiva de 1 ano e 8 meses de reclusão” (fls. 7-8).

Aduz, ainda, que o Tribunal “incorreu em flagrante ilegalidade ao estabelecer o emprego de fração de diminuição de pena inferior ao máximo legal (Lei



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, art. 33, § 4º) com fundamento na natureza e na quantidade das drogas apreendidas” (fl. 8).

Nesse compasso, afirma que: “estabelecida a pena privativa de liberdade em patamar superior a 1 ano (2 anos e 6 meses de reclusão), caberia ao TJSC substituí-la por multa e por uma restritiva de direitos ou por duas restritivas de direitos, nos termos da segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal. A sentença ignorou a existência da previsão legal (mais benéfica ao paciente) de substituição da pena privativa de liberdade por multa e uma restritiva de direitos, aplicando — diretamente e sem qualquer fundamentação — a solução mais gravosa, qual seja, a substituição da pena por duas restritivas de direitos” (fl. 11).

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que a quantidade e a natureza da droga sejam levadas em consideração na primeira fase da dosimetria da pena ou, subsidiariamente, a aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 na fração máxima. Pleiteia, ainda, a substituição da pena de reclusão por uma restritiva de direitos e multa, na forma do art. 44, § 2º, do Código Penal.

O pedido liminar foi deferido à fl. 249, “apenas para sustar os efeitos da execução provisória do paciente, em relação às penas restritivas de direitos impostas, até o julgamento final do presente habeas corpus”.

As informações foram prestadas às fls. 256-281.

O Ministério Público Federal, às fls. 283-291, manifestou-se “pela denegação do pedido”, conforme parecer assim ementado:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO . NÃO CABIMENTO , NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA . TRÁFICO DE ENTORPECENTES . QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (158 GRAMAS DE COCAÍNA ). APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART . 33, § 4º, DA L EI N ° 11.343/06 NO SEU GRAU MÁXIMO . INVIABILIDADE . PRECEDENTES DO STJ. CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA . FACULDADE DO JUIZ . RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N ° 666.334/AM (TEMA**



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*712 DO STF). PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR APENAS UMA RESTRITIVA DE DIREITOS . PENA SUPERIOR A 1 ANO . ART . 44, § 2º DO CÓDIGO PENAL . CRITÉRIO DO JULGADOR , CONFORME A ANÁLISE DO CASO CONCRETO . CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO .PELA DENEGAÇÃO DO PEDIDO" (fl. 283).*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 401.021 - SC (2017/0121633-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : ISAIAS PEREIRA

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO  
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA  
ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º  
DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO  
NA TERCEIRA FASE. CABIMENTO.  
QUANTIDADE E NATUREZA E DE DROGAS.  
FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR  
MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS  
RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANUTENÇÃO.  
**HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, diga-se, ou na primeira ou na terceira fase, sob pena de indevido **bis in idem**, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

II - Tendo o magistrado utilizado a quantidade e a natureza da droga na terceira etapa da dosimetria, nenhuma ilegalidade há de ser sanada.

III - Quanto à fração de diminuição, em razão do privilégio, o eg. Tribunal de origem a manteve em 1/2 (metade), ao fundamento de que a quantidade e a natureza de droga apreendida (158,3g de cocaína) não permitiria a incidência da fração máxima. Logo, houve fundamentação concreta para a escolha do patamar fixado, o qual não pode ser considerado manifestamente desproporcional ou excessivo, dada a quantidade e a natureza da droga apreendida.

IV - O art. 44 do Código Penal, faculta ao julgador a substituição da pena privativa de liberdade





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito, nos casos em que a reprimenda seja superior a 1 (um) ano de reclusão.

V - **In casu**, tendo em vista que o paciente conta com circunstância judicial desfavorável, as razões exaradas pelas instâncias ordinárias de substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mostram-se devidamente fundamentadas e idôneas.

**Habeas corpus** não conhecido.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes excertos da r. sentença:

*"Quanto às circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), verifico que a culpabilidade, entendida aqui como grau de reprovabilidade da conduta, é própria ao crime. O acusado não registra antecedentes criminais (fl.38). A conduta social do agente não ficou bem esclarecida nos autos, e também não há estudo técnico que permita dissertar sobre a sua personalidade. Os motivos do crime certamente estão ligados à ilusória facilidade de ascensão social e patrimonial que a mercancia de drogas transparece a quem decide trilhar por seus tortuosos caminhos, portanto inerentes ao tipo. As circunstâncias e as consequências não transcendem o grau de normalidade do tipo penal. Sendo a vítima primária o Estado, não há que se cogitar de seu comportamento. A natureza e a quantidade da substância entorpecente serão consideradas na terceira fase da dosimetria. Assim, não havendo circunstância judicial desfavorável, estabeleço a pena na primeira fase no seu patamar mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, já que não há prova sobre a suposta situação econômica do acusado. Na segunda fase, não incidem agravantes, presente a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, d do Código Penal. Em que pese a incidência da referida*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante, é vedada a redução da pena aquém do seu patamar mínimo legal (Súmula 231 do STJ), mantendo-se incólume a reprimenda pré-fixada. Na terceira fase, entretanto, observa-se a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06, porquanto, ao que consta do caderno processual o acusado é primário, portador de bons antecedentes, não se dedica à atividade criminosa e nem integra organização criminosa. Entretanto considerando a quantidade razoável da droga apreendida e a sua natureza, cocaína, sabidamente maléfica a saúde humana, circunstância que deve ser valorada nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, tenho que a redução não pode se dar no grau máximo, sendo adequado na hipótese a redução pela metade da pena imposta. Fixo, portanto, a pena definitivamente em 02 anos e 06 meses de reclusão e 250 dias-multa, cada qual na base de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos. Com fulcro no artigo 33, § 2º, "c" do Código Penal, estabeleço o regime aberto para o início do resgate da pena, considerando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou ainda que de forma incidental, a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, que impunha a fixação do regime inicial fechado a esses delitos e aos a ele equiparados, por ofender o princípio constitucional da individualização da pena. Conforme se sabe, o Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgou a Resolução de n.º 05/2012, suspendendo a eficácia do artigo 44 da Lei 11.343/06, na parte em que menciona ser "vedada a conversão em penas restritivas de direitos". Desde então, passou-se a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, até mesmo quando o acusado for condenado pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas. Entretanto, para que a substituição possa ser realizada devem estar preenchidos os requisitos dispostos no artigo 44 do Código Penal, o que ocorre na hipótese.

Primeiro, porque a pena aplicada não é superior a quatro anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; segundo, porque o réu não é reincidente em crime doloso e, terceiro, porque a sua culpabilidade, os seus antecedentes, a sua conduta social e personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias do crime lhe foram apreciadas de maneira favorável na primeira etapa de fixação da pena, de modo a indicar que a substituição é suficiente para a repreensão do delito e prevenção do cometimento de novas infrações. Não bastasse isso, ressalvo que em nenhum momento restou caracterizado nos autos que o réu fazia do tráfico um modo de vida, que se dedica a outras atividades criminosas ou fazia parte de qualquer organização criminosa. **Dessarte, por todo o exposto, considerando que a prática do delito, a priori, foi um fato isolado na vida do réu, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito revela-se medida suficiente para a repreensão do delito, prevenção do cometimento de novas infrações, de modo a possibilitar ao agente uma harmônica reintegração social, substituo sua pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito (artigo 44, § 2º do Código Penal), consistentes em: 1. prestação de serviços à comunidade pelo tempo fixado para a pena privativa de liberdade; 2. limitação de fim de semana"** (fls. 145 - 146 - grifei).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por sua vez, o Tribunal de origem assim se manifestou:

*"A defesa requer a utilização do art. 42 da Lei de Drogas na análise das circunstâncias judiciais e a aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, isto é, em 2/3 (dois) terços, pois essa forma de aplicação seria mais benéfica ao apelante.*

*Novamente, sem razão.*

*Pelo que se infere dos autos, em 18 de abril de 2016, por volta das 9h30min, na rua Francisco Inácio do Nascimento, Forquilhas, São José, policiais militares apreenderam, na posse do apelante, que conduzia o veículo Honda/Fit, placas IRO0777, 158,3g (cento e cinquenta e oito gramas e três decigramas), divididos em 2 (dois) pacotes, de cocaína, U\$ 22,00 (vinte e dois dólares), \$2,00 (dois pesos argentinos) e R\$ 78,00 (setenta e oito reais) em espécie.*

*A materialidade e autoria delitivas despontam do auto de exibição e apreensão de fl. 3, do laudo de constatação de fl. 31, do laudo pericial de fls. 79 e 80 e do acervo probatório coligido, notadamente da prova oral produzida.*

*Isso posto, em respeito ao princípio tantum devolutum quantum appellatum e ao princípio da dialeticidade, mormente diante do que dispõe o art. 599 do Código de Processo Penal, analisar-se-á somente a parte da sentença contra a qual se insurgiu o apelante.*

*Sabe-se que, à míngua de outros critérios previstos legalmente, doutrina e jurisprudência estabeleceram que os vetores do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (natureza e quantidade das drogas) devem ser utilizados para estabelecer a fração de incidência da minorante do art. 33, §4º, dessa mesma lei, visto que os requisitos desse último dispositivo (primariedade, ausência de antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa) constituem apenas pressupostos de aplicação.*

*Contudo, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese (Tema 712), acatada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a utilização concomitante desses critérios relativos aos entorpecentes na primeira fase, como circunstância judicial, e na terceira etapa dosimétrica, para fins de fixação do patamar de redução da pena, gera inaceitável bis in idem.*

*Desse modo, o emprego dessas características das drogas na dosimetria sujeita-se exclusivamente à discricionariedade do Magistrado sentenciante, a fim de que seja aplicada pena compatível com o caso concreto.*

*Ademais, entende-se que, se a pena-base pode ser aumentada por diversas outras circunstâncias judiciais e inexistem outros fatores a serem considerados na fixação dessa minorante, essas circunstâncias devem ser avaliadas preferencialmente apenas na terceira etapa dosimétrica; do contrário, violar-se-iam os princípios da legalidade e da individualização das penas, porque tal causa de diminuição da reprimenda, quando aplicável, incidiria sempre na fração de 2/3 (dois terços), ao contrário do que dispõe o art. 33, §4º, da Lei de Drogas.*

*Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

*Estabelecida essa premissa, verifica-se que o pedido de aplicação dessa causa de aumento de pena no máximo não deve ser acolhido.*

*Com efeito, a adoção da fração de 1/2 (um meio) pela Magistrada sentenciante encontra-se devidamente fundamenta na quantidade e na natureza da droga apreendida (cerca de 158g de cocaína), que possuía alto poder deletério e normalmente é consumida por grama, razão pela qual não se vislumbra desproporcionalidade a ser corrigida.*

*A propósito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu não haver ilegalidade na aplicação dessa minorante em 1/2 (um meio) num caso de aproximadamente 16g de cocaína, conforme se observa da seguinte ementa(AgRg nos EDcl no AREsp 869.591/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016):*

[...]

*Destarte, mantém-se a utilização do art. 42 da Lei de Drogas na terceira etapa dosimétrica e preserva-se a diminuição das penas privativa de liberdade e de multa em quantum equivalente à fração de 1/2 (um meio) em razão do disposto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.*

*3) Da pena substitutiva Por último, a defesa pretende a substituição da reprimenda corporal por uma pena restritiva de direito e multa em vez de duas penas restritivas de direitos, como realizado na sentença, porque não haveria fundamento para tanto e seria mais favorável ao apelante, visto que essa pena pecuniária não se converteria em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento.*

*Melhor sorte não lhe socorre.*

*O art. 44, §2º, do Código Penal faculta a imposição, em condenações superiores a 1 (um) ano, de uma pena restritiva de direito e multa ou de duas penas restritivas de direitos.*

*Se não bastasse a sujeição ao poder discricionário inerente ao âmbito de individualização das penas, por se tratar de regra geral aplicável a todos os crimes, entende-se que a primeira forma de substituição (uma restritiva de direito mais multa) incide, com maior adequação, aos casos de delitos que não possuem a multa como preceito secundário.*

*Ademais, o art. 33 da Lei de Drogas e outros dessa lei estabelecem patamares elevados para a multa, de modo que a aplicação dessa sanção de forma substitutiva teria pouco ou nenhum efeito prático.*

*Sobre o tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça (HC 355.753/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016)" (fls. 237-241).*

**De início**, insta consignar que 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 da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena.

Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgado:

*"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).*

Desta forma, verifica-se que o atual entendimento do eg. **STF** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral, é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas *"na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem"* (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende do seguinte precedente:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE. 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 utilização da quantidade e da natureza da droga,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.*

3. *Hipótese em que deve ser restabelecida a reprimenda imposta pela sentença, impondo ao paciente a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, porquanto devidamente fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada.*

4. *Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida (200 porções de cocaína), sopesada na terceira fase da dosimetria (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).*

5. *É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.*

6. *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena fixada na sentença, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantido o cumprimento inicial no regime fechado" (HC n. 352.063/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 3/6/2016, grifei).*

**Na presente hipótese**, verifica-se que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida como fator apto a permitir a exasperação da pena na terceira, justificando a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo.

No caso dos autos, portanto, tem-se que o v. acórdão reprochado está de acordo com o atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça, na medida em que considerou a natureza e a quantidade da droga na terceira fase da dosimetria.

Quanto **ao momento de sua aplicação**, em que pese as alegações apresentadas pela impetrante, cabe ao Magistrado decidir em qual fases às utilizará, razão pela qual, tendo o juízo sentenciante optado por utilizá-las na terceira etapa da dosimetria da pena,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como balizador da escolha da fração de diminuição de pena descrita no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nenhuma ilegalidade há de ser reparada nesse via estreita do **habeas corpus**.

Por oportuno, colaciona-se julgado deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

**"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.**

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

**TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTES STJ.**

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade e a qualidade da droga foram consideradas tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual se reduz a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e multa.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*multa*" (HC n. 363.726/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 17/5/2017 - grifei).

Em relação à incidência da fração máxima da redutora do tráfico privilegiado, para a **fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

**No presente caso**, o eg. Tribunal de origem manteve a fração da redutora do tráfico privilegiado aplicada na r. sentença, qual seja, 1/2 (metade), sob o fundamento de que a quantidade e a natureza da droga, diga-se, 158,3g (cento e cinquenta e oito gramas e três decigramas), divididos em 2 (dois) pacotes, de cocaína, autorizam a diminuição neste patamar.

No caso, a quantidade e a natureza da droga - 158,3 gramas de cocaína, conforme expressamente consignado na denúncia de fls. 79-80 e no v. acórdão à fl. 237- não permitiria a incidência da fração máxima.

Dá análise do excerto, constata-se que houve fundamentação concreta para a escolha do patamar fixado, inexistindo desproporcionalidade na fundamentação, dada a quantidade e natureza de droga apreendida.

À guisa de ilustração, salienta-se o seguinte aresto desta Quinta Turma:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL E CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART.*

*33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICABILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. Nos termos 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 criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

6. Hipótese em que as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade de droga apreendida - 14 papелotes de cocaína (22,3g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional.

7. Fixada a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

8. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, resultando a sanção definitiva do paciente em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução" (HC n. 405.499/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/8/2017).

No que tange ao pleito de substituição da pena de privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, inexistente qualquer ilegalidade a ser sanada, uma vez que o art. 44 do Código Penal, **faculta** ao julgador a substituição da pena privativa por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito, nos casos em que a reprimenda seja superior à 1 (um) ano de reclusão.

Desse modo, considerando que o paciente conta com circunstância



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavorável, as razões exaradas pelas instâncias ordinárias se encontram devidamente fundamentadas e idôneas.

Por oportuno, colaciono jurisprudência desta e. Corte Superior de Justiça:

*"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO FIXADA CONSOANTE A QUANTIDADE E A DIVERSIDADE DE DROGAS APREENHIDAS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR APENAS UMA RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 1 ANO. ART. 44, § 2º DO CP. FACULDADE DO JULGADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*

*2. Conforme o firme entendimento desta Corte Superior, "não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente ou a desclassificação do crime para o art.28 da Lei 11.343/06". (HC 215.743/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013).*

*3. Como bem apontado pelo Tribunal de origem, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a quantidade e/ou a natureza da droga constituem vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso, nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, inexistindo, pois, constrangimento ilegal a ser sanado.*

*4. Fixada a pena definitiva em patamar superior a 1 ano, incide a segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal, na qual se faculta ao julgador a substituição da pena privativa por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.*

*5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 355.753/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 20/9/2016).*

Por fim, importante registrar que, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, nota-se que o **decisum** transitou em julgado em 5/8/2017, encontrando-se, destarte,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizada a execução da pena.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**. Casso a liminar deferida à fl. 249, tendo em vista o trânsito em julgado do **decisum**.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0121633-3

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 401.021 / SC**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033621320168240064 33621320168240064

EM MESA

JULGADO: 14/09/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                   |
|------------|---------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA |
| PACIENTE   | : ISAIAS PEREIRA                                  |

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 cassou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.