



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.522 - ES (2017/0190316-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RODRIGO SOUTO DUARTE

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA VALORADA TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. PEDIDOS PREJUDICADOS. 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, para majorar a pena-base, na primeira fase, e, na terceira, para modular 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. Os pedidos de alteração do regime prisional e de aplicação da permuta legal estão prejudicados, 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 e a possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.522 - ES (2017/0190316-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RODRIGO SOUTO DUARTE

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 **RODRIGO SOUTO DUARTE**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante ser desproporcional a elevação da pena-base pela aferição desfavorável da qualidade e da ínfima quantidade da droga apreendida (91,3g de maconha). Destaca que as instâncias ordinárias incorreram em *bis in idem*, ao sopesarem as mesmas circunstâncias na terceira fase para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração mínima (1/6).

Requer, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da minorante no patamar máximo, o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, a fim de que seja realizada nova dosimetria (e-STJ, fls. 43-47).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.522 - ES (2017/0190316-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RODRIGO SOUTO DUARTE

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA VALORADA TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. PEDIDOS PREJUDICADOS. 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, para majorar a pena-base, na primeira fase, e, na terceira, para modular 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. Os pedidos de alteração do regime prisional e de aplicação da permuta legal estão prejudicados, 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 e a possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

O Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao recurso da defesa, ratificou a sanção imposta em primeiro grau pelos seguintes motivos:

"Pede ainda, pela redução da pena-base para o mínimo legal previsto em lei. Analisando a sentença condenatória, constato que não obstante as circunstâncias judiciais do sentenciado não lhe sejam amplamente desfavoráveis, pesa em seu desfavor a quantidade de drogas apreendidas, o que a teor do artigo 42, da Lei Antidrogas, pode ser utilizado como vetor para a majoração do apenamento basal.

[...]

Portanto, entendo que não merece qualquer alteração a pena-base imposta ao réu, tendo em vista que conforme aqui restou exposto, o magistrado seguiu fielmente as diretrizes estabelecidas nos artigos 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei Antidrogas, não havendo margem para sua alteração.

Quanto ao pedido de aplicação do patamar máximo de redução da causa de diminuição da pena prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, após examinar os autos, passo a tecer as seguintes considerações.

Inicialmente, ressalto que para aplicação do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, é necessário que reste comprovado que o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Assim, preenchidos os referidos requisitos, estaria o magistrado sentenciante autorizado a reduzir a pena fixada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), levando em consideração a responsabilidade penal do acusado, bem como, as circunstâncias da prisão e a quantidade de droga apreendida.

No caso focado, a fixação do 'quantum' de redução da pena no patamar de um sexto (1/6), decorreu da discricionariedade do julgador, levando em consideração a quantidade de drogas apreendidas em poder do réu, entendendo, subjetivamente, que este cálculo seria suficiente para a repressão e prevenção para o delito de tráfico de drogas.

Ademais, como já exposto, a fixação do grau redutor arrima-se no prudente arbítrio do magistrado, mediante dados concretos capazes de revelar a necessidade de um maior ou menor abrandamento da reprimenda imposta". (e-STJ, fls. 34-36)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percutiente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

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, o Tribunal *a quo* considerou, indevidamente, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 43 buchas de maconha (91,3g) -, 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:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. VIA ELEITA INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO (530 GRAMAS DE CRACK). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, § 3º DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A Magistrada sentenciante entendeu que o paciente praticava o delito de tráfico de drogas, tendo em vista, sobretudo, a quantidade de droga apreendida, o local e as circunstâncias dos fatos. A fundamentação apresentada mostra-se idônea e em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Para afastá-la, é necessário o reexame de todo o conjunto probatório, o que é vedado em *habeas corpus*.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria) configura *bis in idem*. Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Tribunal a quo que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, limitando-se a utilizar as circunstâncias relativa à natureza e à quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo de pena."

(HC 341.563/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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.

Os pedidos de alteração do regime prisional e aplicação da permuta legal ficam prejudicados, 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, e a possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0190316-0

HC 410.522 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00357783420138080048 357783420138080048

EM MESA

JULGADO: 14/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: RODRIGO SOUTO DUARTE

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.