



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.590 - RS (2016/0204815-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO SILVA FALCAO

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. RÉU QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA NEGAR A BENESSE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. 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 criminosas ou integrarem organizações criminosas.
3. 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 art. 59 do CP, podem ser utilizadas para definir tal índice ou, até mesmo, para afastar a incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. No caso, entretanto, é manifesta a ilegalidade imposta ao paciente, pois o Tribunal de origem afastou a aplicação do redutor com fundamento inidôneo, ou seja, o fato de não possuir ocupação lícita, assim como a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (144 pedras de *crack*), vetores esses que já haviam sido considerados na primeira fase da dosimetria, para justificar o aumento da pena. Ocorrência de indevido *bis in idem*, consoante entendimento firmado Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).
5. Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos estão prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena pelo Tribunal *a quo*, para se afastar o *bis in idem* verificado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o *bis in idem* identificado, bem como verifique a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e alteração do regime prisional.

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.590 - RS (2016/0204815-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO SILVA FALCAO

RELATÓRIO

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

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 116-126).

Interposto apelo pela Defensoria Pública estadual, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo apenas para reduzir a multa, "de 600 para 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa" (e-STJ, fls. 172-184).

Neste *writ*, a impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando que, embora o paciente seja primário, possua bons antecedentes e não integre organização criminosa, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo fundamentado tão somente na quantidade e na natureza da droga apreendida - 144 pedras de *crack* (20 g).

Aduz que o redimensionamento da pena possibilita a fixação de regime mais brando, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Requer, assim, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 198-199).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 209 e 246).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (270-277).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.590 - RS (2016/0204815-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO SILVA FALCAO

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. RÉU QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA NEGAR A BENESSE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. 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 criminosas ou integrarem organizações criminosas.
3. 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 art. 59 do CP, podem ser utilizadas para definir tal índice ou, até mesmo, para afastar a incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.
4. No caso, entretanto, é manifesta a ilegalidade imposta ao paciente, pois o Tribunal de origem afastou a aplicação do redutor com fundamento inidôneo, ou seja, o fato de não possuir ocupação lícita, assim como a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (144 pedras de *crack*), vetores esses que já haviam sido considerados na primeira fase da dosimetria, para justificar o aumento da pena. Ocorrência de indevido *bis in idem*, consoante entendimento firmado Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).
5. Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos estão prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena pelo Tribunal *a quo*, para se afastar o *bis in idem* verificado.
6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o *bis in idem* identificado, bem como verifique a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e alteração do regime prisional.

VOTO

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

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

Sob tal contexto, passo à análise das alegações da impetrante.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o Juiz sentenciante, considerando desfavoráveis a quantidade e a natureza da droga apreendida - 144 pedras de *crack* (20g) -, fixou a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão, tendo deixado de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entender que "a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do denunciado, em consonância com as demais circunstâncias do fato, impossibilitam a aplicação de tal privilégio, o qual traria, grande sensação de impunidade a um sujeito que não comprovou qualquer fonte de renda e, leva a crer, faz uso da traficância como forma de angariar recursos financeiros". (e-STJ, fls. 122-123).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo, tão somente para reduzir o *quantum* da multa imposta, mantendo no mais a sentença condenatória, *in verbis* (e-STJ, fls. 181-182):

"Na primeira fase, a douta Juíza de 1º Grau fixou a pena-base 06 (seis) meses acima do mínimo, legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, considerando desfavoráveis a quantidade e a natureza da drogas, com base no disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, o que se mostra correto, pois se trata de 144 pedras de *crack* pesando, aproximadamente, 20 gramas, sabendo-se que o *crack* é uma das drogas mais prejudiciais à saúde pública, dotada de alto potencial de vício. E a quantidade é relevante, pois 144 pedras pesando cerca de 20 gramas significa que poderia atingir um número considerável de usuários.

A pena-base foi tornada definitiva, na ausência de outras causas modificadoras.

Não há falar em aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, como corretamente constou na sentença, a quantidade de entorpecente apreendido em poder do réu aliada ao fato de não haver comprovado atividade lícita faz crer que não se trata de um traficante eventual, mas de alguém que faz do tráfico sua profissão, não restando preenchidos os requisitos para a aplicação da referida causa especial de redução de pena."

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.



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 criminosas ou integrem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal na Lei n. 11.343/2006, teve como objetivo 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 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem entendeu pela dedicação do paciente ao comércio ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida (144 pedras de *crack*) e o fato de não possuir ocupação lícita.

Entretanto, a jurisprudência desta Corte é firme de que a mera condição de o condenado estar desempregado, por si só, é insuficiente para se concluir pela sua habitualidade delitiva, a fim de fundamentar o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado (HC 336.143/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que é inadmissível a dupla valoração de quantidade e da natureza da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de indevido *bis in idem*, como ocorreu no caso em apreço.

A propósito os julgados desta Corte 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. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do STJ e do STF." (HC 364.866/SP, Rel. Ministro de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

E, do STF:

"*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1 kg de *crack*). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade, nessa hipótese, de sua valoração negativa, cumulativamente, na terceira fase da dosimetria. Precedentes. [...] 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Todavia, não se admite sua valoração negativa, cumulativamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14). [...] 5. Ordem parcialmente concedida, para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e determinar ao juízo das execuções que, fundamentadamente, fixe o percentual correspondente de redução. (HC 133.752, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/05/2016, PUBLIC 10-06-2016).

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do *bis in idem*. 3. A quantidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. [...] 5. Ordem parcialmente concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida e a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar que reputar necessário à repressão e prevenção do crime. (HC 123.168/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 21/10/2014, PUBLIC 14/11/2014).

Desse modo, sendo inválido inferir-se que o paciente se dedica a atividade criminosa pelo simples fato de não exercer atividade ilícita, cabe ao Tribunal de origem definir em que etapa da dosimetria da pena a quantidade de droga – único fundamento idôneo – será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerada e em que patamar será fixada, afastando, assim, o *bis in idem* verificado.

Quanto aos pedidos de alteração do regime prisional, de detração do tempo de pena cumprida em prisão provisória e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena pelo Tribunal *a quo*, nos termos das razões acima expostas, essas questões estão prejudicadas.

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, conseqüentemente, verifique a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e de alteração do regime prisional.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0204815-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.590 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003162920168210022 00352312520168217000 01610601620168217000
02221600001144 1610601620168217000 2221600001144 3162920168210022
352312520168217000 70068250372 70069508661

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO SILVA FALCAO

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.