



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.305 - SP (2016/0266690-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LAUDEIR FAUSTINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAUDEIR FAUSTINO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. 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 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. Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito 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 deferimento da permuta legal do art. 44 do CP.

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 março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.305 - SP (2016/0266690-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LAUDEIR FAUSTINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAUDEIR FAUSTINO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado por **LAUDEIR FAUSTINO**, em causa própria, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente/impetrante foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 400 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 c/c art. 14, II, do Código Penal.

Interposta apelação pelo órgão ministerial, o Tribunal de origem acolheu o recurso para afastar o tráfico na forma tentada e a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, majorando, conseqüentemente, a pena para 9 anos de reclusão mais o pagamento de 900 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Nesta Corte, alega o impetrante/paciente manifesto constrangimento ilegal, em razão da não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11. 343/2006. Afirma que é primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedica à atividades criminosas e nem integra organização criminosa. Esclarece, ainda, que exercia a função de "mula", transportando a droga apreendida, por estar em situação financeira precária e que foi "apenas instrumento dos grandes traficantes", não sendo justo que tenha tratamento semelhante ao dispensado a estes (e-STJ, fls. 1-8). Por fim, sustenta que readequada a pena, deve ser alterado o regime prisional e deferida a permuta legal.

Requer, assim, a concessão da ordem para cassar o acórdão da apelação e restabelecer a sentença do juízo singular, em todos os seus termos (e-STJ, fl. 8).

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 30-31).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 43-54).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 64-71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.305 - SP (2016/0266690-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LAUDEIR FAUSTINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAUDEIR FAUSTINO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. 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 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. Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito 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 deferimento da permuta legal do art. 44 do CP.

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 dar provimento ao apelo ministerial para reconhecer o tráfico de drogas na forma consumada, procedeu ao redimensionamento da pena do paciente, nos seguintes termos:

As penas-base foram fixadas no dobro do mínimo legal, em razão da quantidade do entorpecente apreendido, circunstância que, a teor expresso do art. 42, da Lei 11.343/06, deve ser considerada com preponderante, o que se apresenta como razoável, dados os contornos de perigosidade social diferenciada do tráfico ilícito de entorpecentes, a demandar resposta penal agravada, em consonância, inclusive, a tratamento constitucional dispensado a esta espécie delitiva.

Incidu, na sequência, a redução das penas em 1/10 (um décimo), em razão da circunstância atenuante da confissão, o que deve prevalecer.

A posterior redução de 1/3 (um terço), em razão da tentativa, ante o acolhimento da insurgência ministerial, deve ser afastada.

Impõe-se, ainda, acolher o pleito ministerial para afastar o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

O réu, à evidência, não faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois, embora primário, as circunstâncias do caso em tela, consideradas, em particular, a expressiva quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, constituem veementes indícios de que possui importante envolvimento com a criminalidade relativa ao tráfico de entorpecentes.

Esta conclusão encontra suporte no art.

239, do Cód. de Proc. Penal, que trata da prova indireta, qual seja, a indiciária, cujo valor, no âmbito do sistema do livre convencimento motivado, é o mesmo da direta, em conformidade com o que expressamente é assinalado na exposição de motivos do estatuto adjetivo penal.

Importa anotar, ainda, que os indícios a serem considerados são apenas os veementes, como ocorre no caso em tela.

As penas do acusado passam a perfazer, portanto, 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa (e-STJ, fls. 49-51).

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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Entretanto, 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), 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.

Segundo se observa, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida (107 porções de cocaína, pesando 75,11 kg), mesmas circunstâncias valoradas também para exasperar a pena base, em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte.

A propósito os julgados 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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da sanção corporal por restritivas de direitos ficam prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena, nos termos das razões acima expostas.

Importante ressaltar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 alteração do regime prisional, nos termos do art. 33 do CP, bem como de deferimento da permuta legal do art. 44 do CP .

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0266690-7

HC 374.305 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00426165420128260071 071012012042616 20140000104013 26632012
426165420128260071 71012012042616

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LAUDEIR FAUSTINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LAUDEIR FAUSTINO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.