



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.625 - SP (2016/0314260-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX LUIS DA SILVA

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. DETRAÇÃO. 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, é manifesta a ilegalidade imposta ao paciente, pois o Tribunal de origem, para aplicar o redutor em 1/2, considerou fundamento inidôneo para inferir a habitualidade delitiva do agente (falta de comprovação de ocupação lícita), assim como a variada e expressiva quantidade de droga apreendida, que, contudo, já haviam sido valoradas na primeira fase da dosimetria, incorrendo em manifesto *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 inicial de cumprimento de pena e de detração do tempo de prisão provisória, nesta sede mandamental, 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, assim, afaste o *bis in idem* identificado, bem como verifique a possibilidade de alteração do regime prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.625 - SP (2016/0314260-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX LUIS DA SILVA

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 **ALEX LUIS DA SILVA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias multa, por infração ao art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

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

Neste *writ*, insurge-se a impetrante contra a dosimetria da pena fixada, sustentando que, embora preenchidos os requisitos legais, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, com fundamento inidôneo (a quantidade e a natureza da droga apreendida), que inclusive foi sopesado na primeira fase da dosimetria, incorrendo em *bis in idem*.

Aduz ser ilegal a fixação do regime mais gravoso com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, salientando, ainda, que o Tribunal *a quo* não observou a aplicação do instituto da detração.

Requer a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no grau máximo, e a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto ou aberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 66).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 77-78 e 79-80).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, a fim de que seja fixado o regime menos gravoso (e-STJ, fls. 155-161).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.625 - SP (2016/0314260-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX LUIS DA SILVA

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. DETRAÇÃO. 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, é manifesta a ilegalidade imposta ao paciente, pois o Tribunal de origem, para aplicar o redutor em 1/2, considerou fundamento inidôneo para inferir a habitualidade delitiva do agente (falta de comprovação de ocupação lícita), assim como a variada e expressiva quantidade de droga apreendida, que, contudo, já haviam sido valoradas na primeira fase da dosimetria, incorrendo em manifesto *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 inicial de cumprimento de pena e de detração do tempo de prisão provisória, nesta sede mandamental, 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, assim, afaste o *bis in idem* identificado, bem como verifique a possibilidade de alteração do regime prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem de ofício.

O Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/2, pelos seguintes fundamentos:

As penas não merecem redução.

A pena-base foi bem majorada (em 1/6), por conta da quantidade, variedade e natureza da droga (Lei de Tóxicos, artigo 42).

Na 3ª fase, fosse possível, seria afastado o redutor aplicado. O réu estava desempregado (fls. 8 e 30) e foi surpreendido estando na posse de expressiva quantidade de droga (total de quase 1.000 porções), além de certa quantia em dinheiro.

Tais circunstâncias, em linha de coerência com diversos julgados pretéritos, geram, no meu entender, presunção de não-satisfação das condições previstas no § 4º, do artigo 33, das Lei de Tóxicos. Noutras palavras, infere-se delas que o sentenciado, se não integra/integrava efetivamente organização criminosa, que ele, pelo menos, se dedicava à atividade criminosa (no caso, ao tráfico) para se manter, garantir renda. Em tal caso, cabia-lhe afastar essa presunção (inversão de ônus da prova) de modo válido e convincente, o que não aconteceu.

[...]

Quanto ao alegado *bis in idem*, entendo que não ocorre. A respeito, vejam-se estes julgados selecionados:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Tráfico de entorpecentes (11 pedras de 'crack'), com o envolvimento de adolescente. 2. A jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de admitir que a natureza e a quantidade de droga apreendida sejam utilizadas tanto na primeira fase de dosimetria quanto na graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes. 3. *Habeas Corpus* extinto por inadequação da via processual.¹⁴

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR MÍNIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. A elevada quantidade de entorpecente se presta para justificar a fixação da pena-base acima do piso legal;

para fundamentar a aplicação da causa de diminuição da pena em patamar diverso do máximo ou mesmo para afastar a incidência do benefício, caso se comprove que o agente integre organizações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas ou se dedique a tais atividades. 2. No caso, os pacientes foram presos quando transportavam aproximadamente meia tonelada de maconha.

Essa circunstância justificou a fixação das penas-base acima do patamar mínimo e a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 1/6 (um sexto). 3. Ordem denegada.¹⁵ (e-STJ, fls. 40-46).

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 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).

In casu, como se observa, o Tribunal de origem justificou a incidência da minorante em 1/2, com fundamento no fato de que, além da quantidade, da diversidade e da natureza das drogas apreendidas – 260 invólucros de maconha (367,30g), 368 invólucros de cocaína (112,48g) e 368 porções *crack* (74,15g) –, não foi comprovada ocupação lícita pelo paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/diversidade/natureza de droga – único fundamento idôneo – será considerada e em que patamar será fixada, afastando, assim, o *bis in idem* verificado.

Quanto aos pedidos de alteração do regime prisional e de detração do tempo de pena cumprida em prisão provisória, 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 alteração do regime prisional.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0314260-0

HC 380.625 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0026384852015 00263848520158260224 26384852015 263848520158260224

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

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 DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEX LUIS DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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.