



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.398 - RS (2017/0117118-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVERSON LUIS DA SILVA COSTA
PACIENTE : TALES OLIVEIRA GARCIA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PENA- BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - A utilização cumulativa da quantidade e natureza da droga apreendida, na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, configura **bis in idem**, de acordo com o posicionamento firmado pelo col. Pretório Excelso, no ARE n. 666.334/AM (Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício, para determinar ao eg. Tribunal de origem que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, levando em consideração a circunstância da natureza/quantidade de droga em somente uma das etapas do cálculo de pena. Prejudicados os demais pedidos.

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, conceder "Habeas Corpus" de ofício e julgou prejudicados os demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedidos formulados, 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), 19 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.398 - RS (2017/0117118-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVERSON LUIS DA SILVA COSTA
PACIENTE : TALES OLIVEIRA GARCIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de **EVERSON LUIS DA SILVA** e **TALES OLIVEIRA GARCIA**, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**.

Depreende-se dos autos que **EVERSON LUIS DA SILVA** foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, com a substituição da pena privativa liberdade por duas restritivas de direito, mais ao pagamento de 165 (cento e sessenta e cinco) dias-multa; e **TALES OLIVEIRA GARCIA** à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, com a substituição da pena privativa liberdade por duas restritivas de direito, mais ao pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias-multa, ambos como incursores nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a acusação e a defesa interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial, redimensionando a pena de **TALES OLIVEIRA GARCIA**, para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa; e de **EVERSON LUIS DA SILVA**, para 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, mais ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, nos termos do v. acórdão de fls. 444-469.

No presente **writ**, o impetrante sustenta, em síntese, que: *"Com efeito, a vetorial circunstâncias foi valorada negativamente no cálculo da pena-base, justificada na alegação da natureza da droga apreendida. Tal entendimento não pode prosperar,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haja vista que a circunstância é inerente ao próprio tipo penal em análise e já está abarcada pelo alto apenamento previsto ao delito em comento."

Igualmente, alega que: "Ainda, o patamar utilizado para aumentar a pena-base aplicada não se encontra de acordo com a melhor técnica utilizada, estando, em verdade, muito além daquilo que o caso concreto indica, mostrando-se igualmente exagerado o aumento em 01 (um) ano na pena-base por conta de apenas uma vetorial considerada - erroneamente - negativa, o que deve ser corrigido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça."

Ademais, relata que: "O paciente EVERSON, em que pese contar com 29 anos de idade, responde somente a este processo criminal. Já o paciente TALES, além deste processo, foi absolvido em outro e considerada extinta sua punibilidade em relação a um terceiro. Assim, restou frágil o argumento de que os pacientes se dedicam a atividade criminosa, sendo essa apenas uma suposição do julgador, sem demonstração concreta, impondo-se, portanto, a incidência da causa de diminuição da pena em comento, sob pena de negativa de aplicação do mesmo."

Requer, ao final, a concessão da ordem, para a redução da pena-base, a aplicação do privilégio previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, a readequação do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (fls. 1-8).

O pedido liminar foi indeferido, às fls. 479-480.

As informações foram prestadas às fls. 487-507.

O Ministério Público Federal, às fls. 511-514, manifestou-se pela não concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.398 - RS (2017/0117118-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVERSON LUIS DA SILVA COSTA
PACIENTE : TALES OLIVEIRA GARCIA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PENA- BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - A utilização cumulativa da quantidade e natureza da droga apreendida, na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, configura **bis in idem**, de acordo com o posicionamento firmado pelo col. Pretório Excelso, no ARE n. 666.334/AM (Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício, para determinar ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eg. Tribunal de origem que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, levando em consideração a circunstância da natureza/quantidade de droga em somente uma das etapas do cálculo de pena. Prejudicados os demais pedidos.

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**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada, para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária um exame aprofundado do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade, vale dizer:

*“O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 o Tribunal de origem, ao redimensionar a dosimetria das penas dos pacientes, considerou a natureza e a quantidade da droga para exasperar a pena-base na primeira fase, e a natureza e a quantidade para afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na terceira fase.

Nesse quadro, ressaí dos seguintes excertos que (fls. 465-466):

"Considerando o exame dos vetores judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base de EVERSON restou fixada no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão, e a de TALES pouco acima do mínimo, em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, beneficiando os acusados, eis que não foi considerada a natureza da droga apreendida, crack, substância de notória enorme lesividade ao usuário, que aumenta, sobremodo, a reprovabilidade da conduta e justifica o afastamento da pena-base do mínimo legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

[...]

Por sua vez, embora primários os acusados, diante da expressiva quantidade de droga apreendida, que geraria muito mais do que cem porções para venda, evidenciando o envolvimento dos réus em tráfico de maior porte e lesividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social, além da dedicação a essa atividade criminosa, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 42, da Lei n. 11.343/06 [...]"

No ponto, tem-se que o v. acórdão reprochado diverge do 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 primeira e na terceira fase da dosimetria, caracterizando indevido **bis in idem** quando da fixação da pena.

Necessária, portanto, a remessa dos autos à Corte **a quo**, para que, a par do **bis in idem** ora constatado, proceda ao redimensionamento da reprimenda imposta ao paciente.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Todavia, concedo a ordem, de ofício, para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena dos pacientes, limitando-se a utilizar a circunstância relativa à natureza/quantidade de drogas em somente uma das etapas do cálculo de pena. Prejudicados os demais pedidos formulados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0117118-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 400.398 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121400412852 00161381320158217000 02005644520148210001

03531005920158217000 121400412852 161381320158217000 2005644520148210001

3531005920158217000 70066677220

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	EVERSON LUIS DA SILVA COSTA
PACIENTE	:	TALES OLIVEIRA GARCIA

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, concedeu "Habeas Corpus" de ofício e julgou prejudicados os demais pedidos formulados, 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.