



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 411.233 - PE (2017/0195744-8)**

**RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**PACIENTE : RAFAEL DA SILVA LAUREANO**

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO NA TERCEIRA FASE. CABIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA E DE DROGAS. AFASTAMENTO DO BIS IN IDEM. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DE 2/3. POSSIBILIDADE. **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** - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, diga-se, ou na primeira ou na terceira fase, sob pena de indevido **bis in idem**, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

**III** - Outrossim, é entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, não configura **bis in idem**.

**IV** - No entanto, na presente hipótese, verifica-se que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, assim como na terceira fase, para modular o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Assim, verifica-se que o 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, para modular a fração da redutora, caracterizando indevido **bis in idem**.

**V** - Com efeito, **in casu**, na terceira fase da dosimetria, deve ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Precedente.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, a par do **bis in idem** constatado, aplicar a redutora na fração de dois terços, tornando a pena definitiva fixada no patamar de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, mais ao pagamento de 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 22 de março de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 411.233 - PE (2017/0195744-8)**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA LAUREANO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **RAFAEL DA SILVA LAUREANO** contra o v. acórdão prolatado pelo **eg. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**.

Ressai do procedimento que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais ao pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do v. acórdão juntado às fls. 160-185.

No presente **writ**, o impetrante sustenta, em síntese, constrangimento ilegal na dosimetria da pena, ao fundamento de que o respectivo Juízo utilizou a quantidade e a natureza da droga para exasperar a pena-base, bem como para modular a fração da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 incorrendo em **bis in idem**.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta (fls. 1-9).

As informações foram prestadas às fls. 204-254.

O Ministério Público Federal, às fls. 282-284, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.233 - PE (2017/0195744-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER  
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA LAUREANO

### EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO  
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA  
ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º  
DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO  
NA TERCEIRA FASE. CABIMENTO.  
QUANTIDADE E NATUREZA E DE DROGAS.  
AFASTAMENTO DO BIS IN IDEM. CAUSA DE  
DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.  
11.343/2006. APLICAÇÃO DE 2/3.  
POSSIBILIDADE. 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 - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, diga-se, ou na primeira ou na terceira fase, sob pena de indevido **bis in idem**, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

III - Outrossim, é entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas, na terceira fase, não configura **bis in idem**.

**IV** - No entanto, na presente hipótese, verifica-se que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, assim como na terceira fase, para modular o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Assim, verifica-se que o 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, para modular a fração da redutora, caracterizando indevido **bis in idem**.

**V** - Com efeito, **in casu**, na terceira fase da dosimetria, deve ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Precedente.

**Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, a par do **bis in idem** constatado, aplicar a redutora na fração de dois terços, tornando a pena definitiva fixada no patamar de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, mais ao pagamento de 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

### 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**.

**De início**, 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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).*

Dessa 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.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).*

Outrossim, é entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, não configura **bis in idem**.

**No entanto, na presente hipótese**, verifica-se que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida como fator apto a permitir a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, assim como na terceira fase, para modular o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

No caso dos autos, verifica-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,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para modular a fração da redutora, caracterizando indevido **bis in idem**.

Com efeito, **in casu**, na terceira fase da dosimetria, deve ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), senão vejamos:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NOVO DECISUM POR DETERMINAÇÃO DESTA CORTE. AFASTAMENTO DO BIS IN IDEM. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/6. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS INDEVIDAMENTE. APLICAÇÃO DE 2/3. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA PARCIALMENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que a Corte de origem, ao acolher a determinação deste Tribunal Superior para afastar a ocorrência de **bis in idem** pela dupla valoração da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, optou por manter a exasperação da pena-base fundado em tais circunstâncias, mas acrescentou indevidamente argumentos diversos para justificar a aplicação do redutor no patamar de 1/6. **Portanto, à mingua de qualquer elemento probatório que comprove a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando ainda sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação da minorante na fração máxima (2/3).**

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão (1 ano, 11 meses e 10 dias), o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstância judicial (natureza e quantidade das drogas) na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da natureza da droga apreendida (art. 44, III, do CP).

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a sanção para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais pagamento de 194 dias-multa, mantido o regime semiaberto." (HC 416.569/SP, **Quinta Turma**, Rel.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 12/12/2017).

Desse modo, considerando a pena-base fixada acima do mínimo legal, na segunda fase, conservo a reprimenda nesse patamar, ante a ausência de agravantes e atenuantes. Na terceira etapa, aplico a redutora em dois terços, tornando a pena definitiva fixada no patamar de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, mais ao pagamento de 183 (cento e oitenta e três) dias-multa

Ante o exposto, não conheço do **writ**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para, a par do **bis in idem** constatado, aplicar a redutora na fração de dois terços, tornando a pena definitiva fixada no patamar de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, mais ao pagamento de 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0195744-8

**HC 411.233 / PE**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014027720158171090 02008002800090201513 04231587 14027720158171090  
2008002800090201513 20151847902 4231587

EM MESA

JULGADO: 22/03/2018

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                               |
|------------|-----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO |
| PACIENTE   | : RAFAEL DA SILVA LAUREANO                    |

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.