



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.930 - SP (2015/0005086-8)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO SHIMIZU
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO DA SILVA FERNANDES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS JUSTIFICADO. PRECEDENTE DESTES STJ.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. No caso dos autos, a quantidade da droga foi considerada tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual, ausentes outras circunstâncias judiciais negativas, reduz-se a pena-base ao mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

4. Na terceira etapa da dosimetria, considerando-se a quantidade do estupefaciente apreendido - **36,270 (trinta e seis quilos e duzentos e setenta gramas) de maconha** - não se constata qualquer ilegalidade no afastamento da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que, nos termos da jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deste Tribunal Superior, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa de diminuição de pena. Precedentes desta corte.

REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REITERAÇÃO DE PEDIDO DECIDIDO EM OUTRO *WRIT*. NÃO CONHECIMENTO.

1. Verificada a simples reiteração de pedido, não tendo o impetrante trazido qualquer fato novo capaz de dar ensejo à nova análise por este Tribunal de pleito deduzido e decidido em *writ* anterior, conclui-se, portanto, pela inadmissibilidade do presente remédio constitucional quanto aos pontos.

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de afastar o *bis in idem*, porém sem reflexo na reprimenda definitiva, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de março de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.930 - SP (2015/0005086-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO SHIMIZU
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO DA SILVA FERNANDES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de TIAGO DA SILVA FERNANDES contra acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação n. 0009532-47.2011.8.26.0637, para reduzir a pena a 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 teria sido afastado apenas com base na quantidade da droga apreendida.

Apona ter havido *bis in idem*, pois a referida quantidade foi utilizada em dois momentos distintos, a saber a primeira fase e, posteriormente, para deixar de mitigar a pena, devendo ser reformada a decisão para aplicar a redução no patamar de 2/3 (dois terços).

Aduz que o regime inicial fechado não poderia ter sido escolhido exclusivamente com base no disposto no § 1º, art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, declarado inconstitucional pelo STF, e, desta forma, tendo em vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, defende que, reduzida a reprimenda pela minorante, estaria autorizado regime inicial mais brando, nos termos do art. 33 do CP e dos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Defende ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja reduzida a pena, fixado regime prisional mais brando e substituída a reprimenda por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.930 - SP (2015/0005086-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, porque:

"[...] no dia 16 de novembro de 2011, por volta das 20h36min., na rua Chavantes nº 732, nesta cidade e Comarca de Tupã, guardava e tinha em depósito para posterior entrega a consumo de terceiros, trinta tabletes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prensados, pesando aproximadamente de 36,270 kg da droga "Canabis sativa L", popularmente conhecida como maconha, sem autorização e em desacordo com determinação regulamentar." (e-STJ fls. 42).

Não se conformando, a defesa interpôs Apelação perante o Tribunal de origem, a qual foi parcialmente provida para reduzir a pena a 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos), mantendo os demais termos do édito condenatório.

Busca-se neste *writ* a redução da pena, a mitigação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No tocante ao redimensionamento da reprimenda, razão assiste ao impetrante.

Como se sabe, a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao sentenciado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Ao interpretar o mencionado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que 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, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

In casu, cumpre colacionar o fundamento utilizado pela Corte Estadual para manter a pena-base imposta ao paciente:

"O magistrado a quo considerou para o réu a existência de duas circunstâncias judiciais, quais sejam: a culpabilidade, em razão da alta quantidade de drogas e a conduta social, pois não exercia qualquer atividade laborativa lícita.

Assente na jurisprudência majoritária que a mera ausência de ocupação lícita, por si só, não constitui fundamento idôneo a caracterizar uma conduta social desfavorável.

[...]

Porquanto a natureza e quantidade da droga apreendidas (36.270 Kg de maconha), em poder do acusado, justificam a exasperação da pena-base." (e-STJ fls. 47-49).

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Tribunal referendou o afastamento da minorante, nos seguintes termos:

"Da aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4o, da Lei de Drogas

O MM. Juiz fixou as penas sob os seguintes fundamentos: Embora primário e portador de bons antecedentes, a quantidade de droga que o acusado transportava evidencia maior culpabilidade e desvalor da conduta. Para tanto, basta indagar a quantidade de cigarros que poderiam ser confeccionadas com a droga apreendida. Destarte, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas elevo a pena base em um terço, de forma a alcançar 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias multa, no valor unitário mínimo legal.

[...]

E deixou de aplicar o previsto no § 4º do artigo 33, da Lei de Drogas, nos seguintes termos:

"Inviável a incidência do privilégio do § 4º, do art. 33, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 11.343/06. O réu, à época dos fatos, não exercia qualquer atividade lícita. As testemunhas de defesa se reportaram a período que não coincide com a época do crime. O acusado se qualifica como vendedor (fls. 10/12, 27), mas não conseguiu especificar e provar quais os produtos lícitos que vendia.

Em seu interrogatório foi enfático: estava quase desempregado.

Entende-se, na verdade, que tinha no crime sua nova atividade remuneratória. Aliás, a quantidade expressiva de maconha apreendida em sua residência deixa claro esse propósito". (fls.136/137)." (e-STJ fls. 45-47).

Da leitura dos excertos supra, observa-se que a quantidade da substância entorpecente apreendida foi considerada tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, procedimento que contraria a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, é necessário afastar o aumento procedido na pena-base, reduzindo-a para o mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa -, dada a ausência de outras circunstâncias judiciais negativas.

Na segunda fase da dosimetria, ainda que presente a atenuante da confissão espontânea, mantém-se a pena inalterada sob pena de malferir o enunciado da súmula 231 deste Sodalício.

Por fim, na última etapa, considerando-se a quantidade do estupefaciente apreendido - **36,270 kg (trinta e seis quilos e duzentos e setenta gramas) de maconha** (e-STL fl 17) -, não se constata qualquer ilegalidade no afastamento da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa de diminuição de pena, restando a reprimenda estabelecida definitivamente em **5 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.**

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS. (I) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - QUANTIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL FIXADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

2. **Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais.**

3. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados, inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula 284/STF.

4. *Agravo regimental a que se nega provimento.*"

(AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015 - grifo nosso).

No que se refere à pretensa modificação do regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em consulta processual realizada à página eletrônica desta Corte Superior de Justiça, verifica-se a impetração do HC n.º 284.874/SP, em favor do paciente, em que tais temas já foram decididos.

Portanto, tratando-se de mera reiteração do *mandamus* acima referido, não se pode conhecer da ordem no ponto.

Confira-se o precedente a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E FIXAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N.º 11.343/06. PLEITO DE EXAME DOS REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. REITERAÇÃO DE PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. O critério do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas de modo adequado. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

2. O pleito de análise dos requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consubstancia-se em mera reiteração de pedido, tendo em vista que possui as mesma partes, os mesmos fundamentos e seu objeto é idêntico ao do HC n.º 207.414/MS.

3. Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido".

(AgRg no REsp 1278739/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013 - grifo nosso)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de afastar o *bis in idem* sem, contudo, reflexo na reprimenda definitiva, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0005086-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 313.930 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00095324720118260637 13592011 20130000268368 95324720118260637

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO SHIMIZU
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO DA SILVA FERNANDES (PRESO)

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 Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.