



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.251 - MS (2014/0283301-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROMILDO APARECIDO CLAUDINO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA EM 1/2. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. REGIME SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A utilização concomitante da quantidade da droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura *bis in idem*.

In casu, a pena-base foi exacerbada em 1/5 em razão da quantidade de drogas apreendidas, sendo que na terceira fase, a Corte estadual aplicou em 1/2 a fração da redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos.

Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para **modular** a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, em nova análise da dosimetria da pena, deve ser fixada a pena-base no mínimo legal e mantida na terceira fase a minorante na metade (1/2), restando a pena fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

3. Com relação à atenuante da confissão espontânea, apesar da possibilidade de se reconhecer a sua incidência, nos termos do enunciado n. 545 da Súmula do STJ, sua aferição não implicaria em alteração do *quantum* de pena do paciente, em observância ao enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal.

4. Na hipótese, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade de droga apreendida – 22 kg de maconha – foi utilizada para modular a aplicação da causa de diminuição na terceira fase. Dessa forma, é adequada a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como vedação da substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44, inciso III, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantendo-se o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.251 - MS (2014/0283301-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROMILDO APARECIDO CLAUDINO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ROMILDO APARECIDO CLAUDINO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Embargos Infringentes n. 0002734-82.2012.8.12.0004/50001).

Noticia o impetrante que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* c/c o art. 40, III e V, da Lei 11.343/06, às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 460 (quatrocentos e sessenta) dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, por maioria, negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao apelo defensivo para "afastar a culpabilidade genericamente fundamentada e reduzir um pouco a pena-base, afastar as majorantes prevista no art. 40, III, e V, da Lei 11.343/06 e abrandar o regime prisional para o semiaberto, restando a **pena definitivamente fixada em 02 anos e 09 meses de reclusão e pagamento de 275 dias-multa**, a razão fixada na sentença" (fls. 216/217).

Contra esse acórdão, a Defesa opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos para sanar a omissão existente, fazendo constar expressamente que os antecedentes do réu foram decotados no acórdão, sem alteração da pena (fls. 247/249).

Opostos embargos infringentes, por maioria, foram desprovidos (fls. 282/290).

No presente *writ*, o impetrante pugna, liminarmente e no mérito, pela redução referente ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela fixação do regime aberto de cumprimento da pena, com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assevera que o Tribunal de origem "manteve a utilização da quantidade e natureza da droga apreendida para a elevação da pena-base e, pelo mesmo fundamento, manteve o *quantum* de redução da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em 1/2." (fl. 6)

Aduz que "permanecendo a quantidade e natureza da droga apreendida como fundamento para não fixação da causa de diminuição de pena em patamar máximo, ensejará no vedado *bis in idem*." (fl. 9)

Sustenta, ainda, que "as demais circunstâncias judiciais foram favoráveis, ALÉM DE O PACIENTE SER PRIMÁRIO, não justificando, deste modo, a fixação do regime prisional inicial semiaberto, bem como a não realização da substituição da pena corporal." (fl. 10)

Requer, assim, em liminar e no mérito, que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, seja aplicada em grau máximo ou próximo, e seja fixado o regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 297/298), as informações foram devidamente prestadas (fls. 307/347) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial do *habeas corpus*, para que o Tribunal de Justiça analise novamente a dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade de drogas em apenas uma das fases da dosimetria da pena, na primeira, ou na terceira, a seu critério, afastando, assim, a nulidade em razão de *bis in idem* incidente na pena do paciente. (fls. 351/357).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.251 - MS (2014/0283301-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena, em razão da ocorrência do *bis in idem*, a fixação de regime inicial aberto, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

No caso, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* c/c o art. 40, III e V, da Lei 11.343/06, às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 460 (quatrocentos e sessenta) dias-multa, pois, no dia 30/9/2012, foi preso em flagrante transportando, no interior de meio de transporte público, mediante promessa de recompensa, **22 kg (vinte e dois quilos) de maconha**.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, por maioria, negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao apelo defensivo, nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

No tocante a pena-base, as circunstâncias do crime foi corretamente desvalorada, devendo prevalecer pois entendo que a quantidade de droga (22 quilos de maconha), faz alusão ao disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

Ademais, a valoração negativa do vetor previsto no art. 42 da Lei de drogas na primeira e terceira de fixação da pena não acarreta qualquer bis in idem, por tratar-se da mesma regra para ser utilizada com a finalidade e momentos completamente distintos, visando atender aos critérios de necessidade e suficiência da pena.

Nesse sentido:

"[...]

Deste modo, fica mantida a valoração negativa das circunstâncias do crime, consubstanciada na quantidade da droga, e afastada a culpabilidade, de modo que, a pena-base resta fixada em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Presente a atenuante da confissão espontânea, reduz a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena em 06 meses, tal qual, na sentença e, proporcionalmente a pena de multa em 50 dias-multa, restando a pena provisória em 05 anos e 06 meses de reclusão e 550 dias-multa.

No tocante a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, entendo que deva ser mantida a redução de pena em 1/2, restando a pena definitivamente fixada em 02 anos e 09 meses de reclusão e 275 dias-multa.

Considerando a primariedade e a quantidade de pena aplicada inferior a quatro anos, porém desfavorável a circunstância judicial prevista no art. 42 da Lei de Drogas, aliás, de caráter preponderante, estabeleço o regime semiaberto para o cumprimento da pena, o qual se faz necessário a reprovação do crime. Pelo mesmo motivo deixo de efetuar a substituição da pena corporal.

Devo registrar que a simples incidência da minorante a conduta prevista no caput do artigo no qual se encontra incurso o apelante, resultando na terminologia tráfico eventual ou privilegiado, não tem o condão de afastar de plano a hediondez, mas analisa-se o caso concreto.

No presente caso, vislumbra-se maior necessidade de reprovação da conduta, especialmente pela elevada quantidade de drogas apreendida, não sendo recomendável o afastamento da hediondez.

Quanto a alegada existência de erro material na sentença, resta sanada, ante a reforma parcial do julgado.

Quanto aos demais termos do recurso, acompanho o relator em seu voto.

Por todo exposto, nego provimento ao recurso ministerial e dou parcial provimento ao recurso defensivo para afastar a culpabilidade genericamente fundamentada e reduzir um pouco a pena-base, afastar as majorantes prevista no art. 40, III, e V, da Lei 11.343/06 e abrandar o regime prisional para o semiaberto, restando a pena definitivamente fixada em 02 anos e 09 meses de reclusão e pagamento de 275 dias-multa, a razão fixada na sentença. Decisão em parte com o parecer ministerial." (fls. 215/217)

Contra esse acórdão, a Defesa opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos para sanar a omissão existente, fazendo constar expressamente que os antecedentes do réu foram decotados no acórdão, sem alteração da pena (fls. 247/249).

Opostos embargos infringentes, por maioria, eles foram desprovidos, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o revisor. O referido voto encontra-se assim fundamentado, *in verbis*:

"[...]

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (1º Vogal)

Busca o embargante a prevalência do voto proferido pelo Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence que deu parcial provimento ao recurso de apelação, com o fim de: a) reduzir a pena-base ao mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal; b) levando-a aquém desse patamar pela atenuante da confissão espontânea reconhecida na sentença; c) afastar as majorantes da utilização de transporte público no tráfico e da interestadualidade (art. 40, III e V, da Lei 11.343/06); d) abrandar o regime prisional; e) afastar, de ofício, a hediondez do delito; o que, após nova dosimetria, resulta na pena definitiva de 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime aberto, e 225 dias-multa, à razão unitária mínima, com a conversão da corporal em duas restritivas de direito a serem estabelecidas no juízo da execução penal.

O voto vencedor divergiu apenas no tocante a pena-base entendendo que a valoração negativa do vetor previsto no artigo 42 da Lei de Drogas na primeira e terceira fases de fixação da pena não acarreta qualquer bis in idem, e por tal razão, não reduziu a pena ao mínimo legal.

O relator está dando provimento aos infringentes.

Passo à análise.

Data maxima venia, assim como exposto no voto vencedor, tenho que a utilização da natureza e quantidade de droga apreendida para exasperar a pena-base e, depois, para reduzir a incidência da minorante do tráfico privilegiado não importa no malfadado bis in idem.

Isso porque, de acordo com a norma do artigo 42 da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve considerar a quantidade de droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antitóxicos.

Ora, trata-se apenas de utilização da mesma regra (por determinação legal) em momentos e finalidades distintas, assim como ocorre, por exemplo, com a reincidência, que, além de agravar a pena, impede a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Desta feita, deve ser mantida a pena-base, tal como feito no voto condutor.

Diante de todo o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento aos infringentes." (fls. 341/342)

De início, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pela Corte estadual na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP. Na terceira fase, aplicou ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar de 1/2 nos mesmos fundamentos utilizados na majoração da primeira fase.

Esta Corte firmou o entendimento de que há *bis in idem* quando esse elemento é utilizado para elevar a pena-base e também para modular a fração da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso dos autos.

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados desta egrégia Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma:

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

[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS TAMBÉM UTILIZADAS NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, 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 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.

3. Contudo, em atenção ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, para se evitar a ocorrência de bis in idem, pois o mesmo critério, qual seja, a quantidade e a natureza da droga, não pode ser adotado para agravar a reprimenda básica e para justificar a fração do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, reduz-se a pena-base do acusado para o mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe são favoráveis.

[...]

4. Diante da quantidade de reprimenda imposta ao acusado, e, tendo em conta que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal lhe foram consideradas favoráveis, impõe-se a fixação do regime aberto para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando atendidos os requisitos previstos no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 44 do Código Penal.

2. Na hipótese em apreço, não se encontram preenchidos os pressupostos legais subjetivos para a concessão da benesse, haja vista a diversidade da droga apreendida. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva (HC 359.735/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2016).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

9. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

10. Não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza, da quantidade e da variedade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

11. Esta Corte Superior, 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 a dupla valoração da natureza, da quantidade e da variedade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza bis in idem.

12. Hipótese em que o Juízo sentenciante considerou a quantidade e a natureza de entorpecentes apreendidos tanto para elevar a pena-base como para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, em desacordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, o que foi ratificado pelo Tribunal de origem.

13. Sendo manifesta a coação ilegal imposta ao paciente, é de rigor a concessão da ordem de ofício para que a Corte a quo proceda ao refazimento da pena, afastando o bis in idem identificado, para que seja considerada a quantidade, a natureza e a diversidade da droga, apenas, em uma etapa da dosimetria.

14. Pleitos defensivos de alteração do regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e substituição da pena por restritivas de direitos que ficam prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.

15. A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime 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.

16. A Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões, contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos". Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da permuta legal aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

17. 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 ora identificado e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP e a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos (HC 363.327/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/09/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NOVA DOSIMETRIA A SER REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUDICADAS AS MATÉRIAS RELATIVAS À SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias levaram em consideração a quantidade da droga apreendida tanto na primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.

4. Diante da possibilidade de alteração da pena do paciente, fica prejudicada a análise do pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que as matérias serão reapreciadas quando da nova fixação da reprimenda.

5. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal local proceda à nova dosimetria das penas dos pacientes, utilizando a natureza e variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena (HC 295.316/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

Impende salientar que se trata da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "*tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, passo à nova análise de dosimetria da pena.

De início, 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.

Com relação à atenuante da confissão espontânea, apesar da possibilidade de se reconhecer a sua incidência, nos termos do enunciado n. 545 da Súmula do STJ, sua aferição não implicaria em alteração do *quantum* de pena do paciente, em observância ao enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal.

No mesmo sentido:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HC. ROUBO. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS QUE NÃO PODEM SER UTILIZADOS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE E A CONDUTA SOCIAL DO RÉU. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONDUTA PRATICADA NO PERÍODO NOTURNO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. PENA-BASE REDUZIDA PARA O PISO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PENA INFERIOR AO MÍNIMO ESTABELECIDO EM LEI. SÚMULA 231/STJ. REGIME SEMIABERTO DESMOTIVADO. SÚMULA 440/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social. Precedentes.

3. O simples fato de a conduta ter sido praticada durante o período noturno, sem respaldo em outro elemento concreto que denote a maior gravidade do delito, não permite a imposição da pena-base acima do piso legal, não constituindo motivação idônea para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Precedente.

4. No que se refere ao pleito de reconhecimento da confissão espontânea, malgrado se possa, em tese, reconhecer a sua incidência, a valoração da atenuante não implicaria mudança do quantum da reprimenda, pois não se admite, na etapa intermediária do critério trifásico, a imposição de pena abaixo do mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal, nos moldes da Súmula 231/STJ. Precedentes.

5. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de fixar a pena em 4 (quatro) anos de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal." (HC 353.276/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 13/06/2016)

Na terceira fase, observado que o paciente não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, mas foi surpreendido com grande quantidade de entorpecentes – **22 kg (vinte e dois quilos) de maconha** –, aplico a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 1/2, patamar idêntico ao adotado na origem, tornando definitiva a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

Mantém-se o regime inicial semiaberto, como determinado pelas instâncias ordinárias, pois a quantidade de entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei n. 11.343/06) evidencia a maior ousadia e periculosidade do paciente, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. 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 - Na espécie, o v. acórdão reprochado valorou, na primeira fase da dosimetria, favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que as penas-base foram fixadas no mínimo legal. Consignou-se que o ora paciente é primário, não apresenta maus antecedentes e a pena definitiva foi estabelecida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Não obstante, a quantidade de entorpecente foi utilizada na terceira fase como modulador para aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa na terceira fase da quantidade de droga apreendida, o regime inicial adequado é semiaberto.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena do paciente." (HC 368.691/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA DA DROGA CONSIDERADA NOVAMENTE. BIS IN IDEM. ARE 666.334/MG. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. WRIT NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO. 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.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte, apenas, quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, embora tenha sido utilizado argumento válido para a majoração da reprimenda inicial (a natureza da droga) e seja razoável a definição do índice de aumento em 1/6, o Tribunal de origem incorreu em indevido bis in idem, ao sopesar idêntica circunstância na escolha do patamar de redução da pena pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (ARE 666.334/MG, STF).

4. À míngua de outros elementos probatórios, e considerando a primariedade e os bons antecedentes do agente, aliados ao fato de ser inexpressiva a quantidade de droga apreendida (7 pedras de crack), a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal, em 2/3. Precedentes.

5. Sendo desfavoráveis uma das circunstâncias judiciais (a natureza da droga), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o bis in idem verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 166 dias-multa." (HC 310.752/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ARE N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A utilização concomitante da quantidade e natureza de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura *bis in idem*.

In casu, a pena-base foi exacerbada em 1/6 em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas, sendo que na terceira fase, a Corte estadual reduziu para 1/6 a fração da causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos.

Trata-se da hipótese discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Assim, em nova análise da dosimetria da pena, deve ser mantida a pena fixada na sentença, em que o aumento da pena-base (1/6) foi fundamentado na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos e mostra-se razoável, pois está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP, aplicando na terceira fase a minorante no máximo permitido (2/3), restando a pena fixada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa.

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

Na hipótese, embora a primariedade do paciente e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) foi utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal.

Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como veda a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto nos arts. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§§ 2º e 3º e 44, inciso III, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para ratificar a pena imposta pelo Juízo de primeiro grau, redimensionando-a para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena." (HC 371.704/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA MANTER O REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias levaram em consideração a existência de uma circunstância judicial negativa e a natureza e quantidade da droga apreendida tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.

4. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

5. Hipótese em que a pena da paciente, primária, foi reduzida para patamar não superior a 4 anos de reclusão. Entretanto, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria da droga apreendida, circunstâncias que foram sopesadas na primeira fase da dosimetria, impedem o estabelecimento de regime prisional mais brando e a substituição da pena, mantendo-se o regime inicial semiaberto, em observância aos critérios previstos nos arts. 33, §§ 2º e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º, e 44, ambos do Código Penal.

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena da paciente, mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição.*" (HC 286.932/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016)

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantendo-se o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0283301-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308.251 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027348220128120004 2722012 27348220128120004

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: ROMILDO APARECIDO CLAUDINO

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