



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 535.427 - MS (2019/0287034-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ELISANGELA BARBOSA DE OLIVEIRA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PAULA FERRAZ DE MELLO
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DECISÃO AGRAVADA QUE RECONHECEU A OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* NA DUPLA VALORAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA EM FASES DISTINTAS DA DOSIMETRIA, COM A CONSEQUENTE INCIDÊNCIA DA MINORANTE EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ALEGADA EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO ADICIONAL PARA MODULAR O REDUTOR. INOCORRÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DESTA CORTE. JUÍZO DE REFORMA EM SEDE MANDAMENTAL. POSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena da paciente.

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. No caso, o Juízo sentenciante exasperou a pena-base com fundamento na quantidade da droga apreendida. Em sede de apelação, a Corte local manteve os critérios utilizados pelo Juízo sentenciante na primeira e segunda fases da dosimetria, mas aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em fração intermediária, com base na quantidade da droga apreendida, o que evidencia indevido *bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Aferida ilegalidade na dosimetria da pena, decorrente de *error in judicando*, e não de *error in procedendo*, incumbe a esta Corte promover a sua pronta correção, mediante juízo de reforma, sempre que possível, inclusive para efeito de conferir máxima eficácia às decisões judiciais. Tal providência tem sido reiteradamente adotada no âmbito desta Corte, inclusive em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019 (Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 535.427 - MS (2019/0287034-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ELISANGELA BARBOSA DE OLIVEIRA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PAULA FERRAZ DE MELLO
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática concessiva de ordem de *habeas corpus*, de ofício, cujo teor segue transcrito (e-STJ fls. 231/238):

Trata-se de habeas corpus sem pedido liminar impetrado em favor de ELISANGELA BARBOSA DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0000408-48.2018.8.12.0002).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 134/136).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em fração intermediária, razão pela qual a pena da paciente foi redimensionada para 3 anos e 9 meses de reclusão e 375 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 219/227). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO – ACOLHIMENTO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS – PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I – Para que reste configurado o tráfico de drogas na forma privilegiada, com a resultante diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se indispensável que o réu satisfaça todos os requisitos do § 4.º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de maneira que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse. In casu, da análise detida do conjunto probatório produzido, verifica-se que a Ré é primária e não há provas e nem mesmo indícios de que se dediquem a atividades criminosas ou façam parte de organização criminosa.

II – Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o inciso III do art. 44 do Estatuto Repressor encerra hipótese que impede a substituição, a qual se subsume ao caso versando. In litteris: "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

III – Em parte com o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo.

No presente mandamus (e-STJ fls. 3/6), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois utilizou a quantidade da droga apreendida em duas fases da dosimetria, incorrendo em indevido bis in idem. Nesse contexto, entende que a minorante deve incidir em sua fração máxima de 2/3.

Ao final, pede a concessão da ordem para que a pena da paciente seja reduzida.

*É o relatório. **Decido.***

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do habeas corpus e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção da paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Acerca do rito a ser adotado, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do Relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de habeas corpus e de recurso em habeas corpus, a pretensão que se conforma com súmula ou a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC n. 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC n. 268.099/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do Parquet que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC n. 324.401/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC n. 514.048/RS, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

E, compulsando os autos, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem, de ofício.

No caso, o Juízo sentenciante exasperou a pena-base, reconduzida ao mínimo legal na segunda fase da dosimetria, e não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, motivo pelo qual tornou a pena da paciente definitiva em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal a quo manteve o incremento da pena-base, com base na quantidade da droga apreendida, mas entendeu que a paciente preenche os requisitos constantes do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual aplicou a respectiva minorante em fração intermediária, conforme segue (e-STJ fls. 225/226):

Dessa maneira, é imperioso reconhecer que o Magistrado a quo se equivocou ao não ter adotado em prol da ora Recorrente o benefício referente ao tráfico privilegiado, motivo pelo qual pensa-se que deve incidir tal minorante. Nesse passo, considerando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sopesando-se, ainda, as peculiaridades do caso vertente, notadamente a natureza da droga apreendida “maconha” - mais branda dentre os narcóticos-, quantidade que, embora considerável não é vultosa, ao nosso ver, deve ser fixado o patamar redutor de 1/4 (um quarto), quantum que se reputa proporcional e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal praticada.

Aproveitando-se o ensejo, anota-se que deve ser afastada, a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes perpetrado pela Acusada.

Aliás, nesse sentido, é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se:

[...]

Passa-se à nova dosimetria da pena.

O Magistrado de primeiro grau, na primeira fase, fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias multa.

Negativando a vetorial referente às circunstâncias ao argumento de que “são graves, pois transportava quantidade considerável de maconha que, em hipótese, poderia afetar inúmeras pessoas”, devendo permanecer desabonadora,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendo-se ser idôneo a fundamentação. Na segunda fase, sem agravantes. Diante da presença de atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, reduziu a pena de modo a trazê-la para o patamar mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa.

Na terceira fase, tendo em vista o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, com redução na fração de 1/4, fixa-se a pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e pagamento de 375 dias-multa, a qual se torna definitiva, por inexistir causa de aumento.

Dessa forma, extrai-se que a Corte local exasperou a pena-base e modulou o redutor com base na quantidade da droga apreendida.

Entretanto, embora seja idônea a consideração da expressiva quantidade de droga – 19,7 kg de maconha – como circunstância apta a exasperar a pena-base ou para servir de parâmetro para a redução da pena na terceira fase da dosimetria, 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 terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

A propósito, seguem julgados desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA CONSIDERADAS EM DOIS MOMENTOS DISTINTOS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. MENSURAÇÃO DO MAIOR OU MENOR ENVOLVIMENTO DO ACUSADO COM O TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática em que se concede ordem de habeas corpus de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, quando evidenciado que a quantidade e diversidade da droga apreendida foi considerada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a posição adotada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade de consideração da natureza e quantidade de droga apreendida em dois momentos distintos do critério trifásico, engloba a consideração do maior ou menor envolvimento do réu com o tráfico de drogas, não servindo referido posicionamento apenas para evitar a consideração da circunstância no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

percentual de aumento da pena-base e diminuição, em razão da minorante.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 308.020/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - 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 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 (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

IV - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. STF sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena da paciente.

(HC 312.659/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 19/6/2015)

Dessa forma, a dupla valoração da quantidade das drogas em fases distintas da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, efetivamente, configura constrangimento ilegal passível de correção pela presente via constitucional.

Em consequência, para o fim de afastar o repudiado bis in idem e ausentes outras circunstâncias que justifiquem a adoção de fração diversa da máxima para a minorante, impõe-se a redução da pena no patamar máximo previsto em lei, qual seja, na fração de 2/3.

Nesse contexto, mantida a pena aplicada na origem em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa ao término da segunda fase da dosimetria, altero a fração de redução para 2/3, na terceira fase, razão pela qual redimensiono a pena da paciente para 1 ano e 8



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão e 166 dias-multa.

*Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do habeas corpus, mas **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena aplicada à paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*

Intimem-se.

Em suas razões (e-STJ fls. 248/253), o agravante sustenta que a Corte local aplicou a minorante em patamar intermediário com base em circunstâncias que transcendem a quantidade da droga apreendida, o que afastaria a tese da ocorrência de *bis in idem*.

Além disso, confirmada a dupla consideração da quantidade da droga em fases distintas da dosimetria, entende que a correção deveria ser realizada pelas instâncias ordinárias, com a possibilidade de adoção de solução diversa da tomada nesta Corte, como a redução da pena-base e a manutenção da minorante em fração intermediária.

Ao final, pede a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente recurso para o fim de *denegar a ordem, ou, subsidiariamente, para conceder, apenas em parte, a ordem, para, somente reconhecido o bis in idem na dosimetria, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, com a finalidade de que efetue nova dosimetria das penas de ELISANGELA BARBOSA DE OLIVEIRA com a utilização da quantidade de droga apreendida em apenas uma das etapas do cálculo das reprimendas, ou, caso assim não entender esse D. Relator* (e-STJ fls. 253/254).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 535.427 - MS (2019/0287034-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O recurso não merece prosperar.

Afinal, o agravante não apresenta nenhum argumento capaz de desconstituir os motivos sobre os quais se baseou a decisão ora impugnada, proferida em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

Com efeito, 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*.

No caso, o Juízo sentenciante exasperou a pena-base com fundamento na quantidade da droga apreendida, conforme segue (e-STJ fl. 135):

Quanto à culpabilidade, nada que transborde a normalidade; a ré é primária e não registra antecedentes criminais (fls. 59/60); sem apuração quanto à sua conduta social e personalidade; as circunstâncias são graves, pois transportava quantidade considerável de maconha que, em hipótese, poderia afetar inúmeras pessoas; os motivos do delito são os normais à espécie, qual seja, o lucro fácil; não houve consequências. A situação econômica da acusada não é boa. Desse modo, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em sede de apelação, a Corte local manteve os critérios utilizados pelo Juízo sentenciante na primeira e segunda fases da dosimetria, mas aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em fração intermediária, utilizando-se da quantidade de entorpecentes apreendidos para a respectiva modulação, cujos termos merecem nova transcrição (e-STJ fls. 225/226):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa maneira, é imperioso reconhecer que o Magistrado a quo se equivocou ao não ter adotado em prol da ora Recorrente o benefício referente ao tráfico privilegiado, motivo pelo qual pensa-se que deve incidir tal minorante. Nesse passo, considerando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sopesando-se, ainda, as peculiaridades do caso vertente, notadamente a natureza da droga apreendida “maconha” - mais branda dentre os narcóticos-, quantidade que, embora considerável não é vultosa, ao nosso ver, deve ser fixado o patamar redutor de 1/4 (um quarto), quantum que se reputa proporcional e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal praticada.

Aproveitando-se o ensejo, anota-se que deve ser afastada, a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes perpetrado pela Acusada.

Aliás, nesse sentido, é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se:

[...]

Passa-se à nova dosimetria da pena.

O Magistrado de primeiro grau, na primeira fase, fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias multa.

Negativando a vetorial referente às circunstâncias ao argumento de que "são graves, pois transportava quantidade considerável de maconha que, em hipótese, poderia afetar inúmeras pessoas", devendo permanecer desabonadora, entendendo-se ser idôneo a fundamentação.

Na segunda fase, sem agravantes. Diante da presença de atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, reduziu a pena de modo a trazê-la para o patamar mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa.

Na terceira fase, tendo em vista o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, com redução na fração de 1/4, fixa-se a pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e pagamento de 375 dias-multa, a qual se torna definitiva, por inexistir causa de aumento.

Nesse contexto, diversamente do que foi alegado no presente recurso, o Tribunal *a quo* não utilizou nenhum fundamento adicional, para além da quantidade da droga apreendida, para justificar a incidência do redutor em fração intermediária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, aferida ilegalidade na dosimetria da pena, decorrente de *error in judicando*, e não de *error in procedendo*, incumbe a esta Corte promover a sua pronta correção, mediante juízo de reforma, sempre que possível, inclusive para efeito de conferir máxima eficácia às decisões judiciais.

Tal providência tem sido reiteradamente adotada no âmbito desta Corte, inclusive em sede de *habeas corpus*. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO (CRACK). APONTADA EM MOMENTOS DISTINTOS DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE E MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. FRAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA NO PATAMAR MÁXIMO. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE N. 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.

3. Nessa esteira, o entendimento desta Corte de Justiça sobre o tema é o de que a quantidade e natureza da droga não podem ser utilizadas na primeira fase do processo trifásico para aumentar a pena-base e, na terceira fase, para graduar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, cabendo ao órgão julgador, com fundamento no princípio da individualização da pena, escolher em qual etapa o critério será utilizado. Precedentes.

4. No caso dos autos, o Tribunal a quo incorreu em constrangimento ilegal ao indicar a natureza do entorpecente em duas etapas distintas da dosimetria, pois a natureza da droga (crack) foi considerada tanto no cálculo da pena-base como na terceira fase da dosimetria ("alto potencial lesivo e poder de dependência") como fundamento para afastar a aplicação da fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

5. Deve-se considerar, ainda, que a quantidade de crack apreendida, ou seja, cerca de 11g (onze gramas), mostra-se reduzida, e é fundamento insuficiente para a análise desfavorável do vetor "quantidade da substância", previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o que configura o constrangimento ilegal apontado e autoriza o redimensionamento da pena do réu, a fim de que a redutora do tráfico privilegiado seja aplicada na sanção máxima.

6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e concedeu a ordem de ofício, a fim de aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima, reduzindo a pena cominada ao réu para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 509.796/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 25/10/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A quantidade/variedade/natureza da droga apreendida, além de ter constituído fundamento para a majoração da pena-base, foi utilizada para afastar a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o que configura bis in idem, devendo ser aplicada em seu grau máximo de redução, ante a ausência de outros elementos idôneos aptos a afastá-la.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1.256.615/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 3/9/2019).

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 CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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, DJe 17/2/2017).

Em consequência, a decisão ora impugnada não comporta reparo, pois encontra apoio na firme jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0287034-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 535.427 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004084820188120002 0014337852017812002 082018000081731 14337852017812002
4084820188120002 82018000081731

EM MESA

JULGADO: 05/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PAULA FERRAZ DE MELLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ELISANGELA BARBOSA DE OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ELISANGELA BARBOSA DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PAULA FERRAZ DE MELLO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.