



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.968 - MS (2014/0209370-7)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : HILMER ALEXSANDER CUELLAR ROCA
PACIENTE : FRANCIELY RIBEIRO SOARES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. NÃO INCIDÊNCIA.

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 ordinário, recurso especial ou de revisão criminal ressalvando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal.

2. Ao contrário do alegado, o juízo de primeiro grau apresentou fundamentação concreta acerca da culpabilidade dos agentes para justificar a fixação da pena acima do mínimo legal, destacando que os pacientes mantinham ponto de venda de drogas, o que denota a maior reprovabilidade na conduta delituosa.

3. Ademais, a quantidade e a natureza da substância apreendida - 2.396 g de maconha, 218,2 g de cocaína, em poder do primeiro paciente, além de 88 g de cocaína e 66 g de maconha, em poder da segunda acusada -, autorizam a exasperação da reprimenda, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006.

4. De outro lado, a valoração da quantidade e espécie de droga, tanto na fixação da pena-base, como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, caracteriza *bis in idem*. Posicionamento alinhado com o entendimento do STF.

5. Não há se falar em violação ao art. 65, III, "d", do Código Penal, quando o agente não reconhece a prática do crime a ele imputado.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para reconhecer o aludido *bis in idem*, determinando a devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para que redimensione a pena aplicada aos pacientes, considerando a quantidade e a qualidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga somente na primeira ou na terceira etapa da dosimetria.

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de outubro de 2014(data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.968 - MS (2014/0209370-7)

RELATÓRIO

EXMO SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de HILMER ALEXSANDER CUELLAR ROCA e FRANCIELY RIBEIRO SOARES, com pedido liminar, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Narram os autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, sendo o primeiro, à pena de 5 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 500 dias-multa e, o segundo, à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e 300 dias-multa (fls. 370/383).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recuso, em acórdão proferido com a seguinte ementa (fl. 439):

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - TRÁFICO DE DROGAS - PENA-BASE E PERCENTUAL DE REDUÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - MANTIDOS - ATENUANTE DA CONFISSÃO - NÃO RECONHECIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Fixada a pena-base de acordo com as circunstâncias dos autos, em especial, pela quantidade, natureza e variedade da droga apreendida, inviável a sua redução.

Tendo os agentes admitido a propriedade da droga para uso próprio, afastada a possibilidade de aplicação da atenuante da confissão espontânea, uma vez que os mesmos foram condenados por praticarem o tráfico de drogas.

"Ao contrário do que alegado na inicial, o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena liberdade para aplicar a redução no patamar que considerar necessário e suficiente para reprovar e coibir o crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo. (STF. HC 110942, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 21-06-2012 PUBLIC 22-06-2012)"

Opostos embargos infringentes e de nulidade, foram desprovidos (fls. 471/475).

No presente *mandamus*, sustenta-se que a pena-base foi exasperada sem a devida fundamentação, porquanto o Juiz de primeiro grau utilizou de argumentação vaga e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrata ao valorar negativamente a culpabilidade do agente, não apontando "qualquer elemento que ultrapassasse a reprovação inerente à conduta típica." (fl. 6)

Alega, ainda, a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, visto que a quantidade e natureza da droga apreendida foram consideradas na primeira fase do sistema trifásico, razão pela qual não poderiam ser novamente valoradas para justificar a escolha do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Por fim, postula a aplicação da atenuante da confissão espontânea, afastada pelo Tribunal de origem ao argumento de que os pacientes somente afirmaram ser proprietários da droga, sem admitir a traficância.

Indeferido o pedido liminar às fls. 485/486, opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento da impetração, e, caso conhecida, pela denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.968 - MS (2014/0209370-7)

VOTO

EXMO SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, cumpre registrar que 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 ordinário, recurso especial ou de revisão criminal ressalvando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal.

Postula-se no presente *writ*, em suma, a fixação da pena-base no mínimo, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no grau máximo, e o reconhecimento à atenuante por confissão espontânea.

Em relação à pena-base, verifica-se que, ao contrário do alegado, o juízo de primeiro grau apresentou fundamentação concreta acerca da culpabilidade dos agentes para justificar a fixação da pena acima do mínimo legal, destacando que os pacientes mantinham ponto de venda de drogas, o que denota a maior reprovabilidade na conduta delituosa.

Destacou, ainda, que os pacientes utilizavam a própria residência para traficar, expondo a sua família, bem como a quantidade, diversidade e espécie de drogas apreendidas, circunstâncias que revelavam a necessidade de maior rigor do magistrado na imposição da pena.

Colho trechos da sentença que sinalizam nesse sentido (fls. 381/382):

a) Réu HILMER ALEXANDRE CUELLAR ROCA

Considerando que a culpabilidade do réu foi acentuada, uma vez que se trata de alguém que mantinha ponto de venda de drogas, local em que a maioria dos usuários se socorre para a manutenção do vício; [...] que as circunstâncias do crime foram desfavoráveis ao réu, haja vista ter se utilizado de sua própria residência, expondo até mesmo sua família, para traficar; [...]. Considerando, também, que a elevada quantidade de droga apreendida (218,2 gramas), constatada como sendo "cocaína", de considerável potencial lesivo, e atentando-se, pois, para as diretrizes do art. 59, do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 600 dias-multa.
[...]

b) Ré FRANCIELY RIBEIRO SOARES

Considerando que a culpabilidade da ré foi acentuada, uma vez que se trata de alguém que mantinha ponto de venda de drogas, local em que a maioria dos usuários se socorre para a manutenção do vício; [...] que as circunstâncias do crime foram desfavoráveis à ré, haja vista ter se utilizado de sua própria residência, expondo até mesmo sua família, para traficar;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] Considerando, também, que a elevada quantidade de droga apreendida, constatada como sendo "cocaína" (88g), de considerável potencial lesivo, e atentando-se, pois, para as diretrizes do art. 59, do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 dias-multa.

No que diz respeito ao alegado *bis in idem*, razão assiste ao impetrante.

É certo que esta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser legítima a exasperação da pena com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42, DA LEI DE DROGAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. No caso, o Paciente foi preso em flagrante e posteriormente condenado pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque, "no dia 15 de março de 2013, tinha em depósito, para entrega a consumo ou para fornecimento a terceiros, ainda que gratuitamente, 58 (cinquenta e oito) buchas de cocaína, pesando 24,70g (vinte e quatro gramas e setenta decigramas); 1 (uma) pedra de cocaína, processadas na forma de crack, pesando 25,20g (vinte e cinco gramas com vinte decigramas) e 1 (um) tijolo de Cannabis sativa, vulgarmente conhecida por maconha, pesando 41,30g (quarenta e um gramas com trinta decigramas)".

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga.

3. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão dos entorpecentes comercializados, "dentre elas o crack, uma droga que causa maior danosidade social, e por conta disso, justifica um apenamento maior".

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 295.083/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

Extraí-se dos autos que foi apreendido na residência de HILMER 3 tabletes de maconha, totalizando 2.396 g, além de 3 trouxinhas de cocaína, pesando 218,2 g., sendo FRANCIELY, por sua vez, surpreendida em outra residência na posse de 51 trouxinhas de cocaína, totalizando 88 g, e 2 porções de maconha, pesando 66 g.

Essas circunstâncias, conforme se verifica da sentença condenatória e do acórdão da apelação, foram consideradas na primeira etapa da dosimetria da pena, servindo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posteriormente de alicerce para justificar a não incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo.

Entretanto, no julgamento do HC n.º 109.193/MG, em 19/12/2013, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a valoração sobre a quantidade e natureza da substância entorpecente, tanto na fixação da pena-base, como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/206, caracteriza *bis in idem*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETORES UTILIZADOS TANTO PARA A ESCOLHA DA PENA-BASE QUANTO PARA A FIXAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA. *BIS IN IDEM*.

1. Extrai-se dos autos que a quantidade e a qualidade da droga apreendida foram utilizadas como parâmetros tanto para fixar a pena-base acima do mínimo legal quanto para aplicar o redutor do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 no menor patamar legal.

2. No ponto, vale registrar que esta Corte Superior passou a se alinhar ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a utilização da quantidade e do tipo da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da referida causa de diminuição caracteriza *bis in idem*.

3. Impõe-se, pois, a reforma da decisão agravada no particular, redimensionando-se as penas para afastar a dupla valoração.

[...]

(AgRg no REsp 1349247/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 17/09/2014)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PENA-BASE E NA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Configura *bis in idem* utilizar a gravidade e quantidade da droga apreendida para, ao mesmo tempo, fixar da pena-base acima do mínimo legal e aplicar o menor patamar de redução da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para anular a sentença no ponto.

(HC 72.879/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante desse contexto, merece reforma o julgado atacado, de modo que a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos sejam valorados somente em uma das fases da dosimetria, em obediência ao princípio da individualização da pena.

Em relação à suposta confissão espontânea como fundamento para a atenuação da pena, este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, ainda que parcial, se for utilizada pelo juiz para justificar a condenação, deve incidir as disposições do art. 65, III, "d", do Código Penal.

De outro lado, quando a confissão não for considerada na formação da convicção de autoria e materialidade do cometimento do crime, o aludido diploma legal não deve incidir na segunda fase do sistema trifásico.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 65, III, "D", DO CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. VILIPÊNDIO AO ART. 5º, II, E XXXIX, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Este Superior Tribunal tem consagrado, reiteradamente, o entendimento de que a circunstância atenuante da confissão espontânea deverá ser aplicada se auxiliou de forma efetiva para o embasamento da sentença condenatória". (HC 198.291/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 11/04/2012).

2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 521.136/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014)

No caso em apreço, tem-se que os pacientes não reconheceram a prática do crime de tráfico a eles imputados, afirmando serem meros usuários de droga, como bem ressaltou o Tribunal de origem (fl. 440):

Também não fazem jus os apelantes ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois tanto na fase policial, como em juízo, negaram que traficavam drogas, limitando-se a dizer que eram proprietários da droga e que não traficavam, pois eram usuários (fl. 13-14/19-20/168/225-227).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fica, portanto, justificada a não incidência da referida atenuante, pois a confissão realizada pelos pacientes não guarda correlação com o tipo penal que lastreia a condenação.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, concedendo a ordem de ofício, tão somente para reconhecer o aludido *bis in idem*, determinando a devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para que redimensione a pena aplicada aos pacientes, considerando a quantidade e a qualidade da droga somente na primeira ou na terceira etapa da dosimetria.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0209370-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.968 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00107253420118120008 107253420118120008

EM MESA

JULGADO: 14/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: HILMER ALEXSANDER CUELLAR ROCA
PACIENTE	: FRANCIELY RIBEIRO SOARES
CORRÉU	: LAURO ALVARENGA ESQUER
CORRÉU	: SUELI CRISTINA DOS SANTOS RODRIGUES

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.