



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 376.731 - RS (2016/0285248-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MARCOS HENRIQUE MENEZES FREITAS (PRESO)**
ADVOGADO : **WEDNER COSTÓDIO LIMA E OUTRO(S) - RS084271**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1 - É incabível o exame da tese relativa ao *bis in idem*, pois não exposta no *habeas corpus* e invocada apenas no agravo regimental, configurando indevida inovação recursal.

2 - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

3 - Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4 - Na hipótese dos autos, embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, com base em fundamentação idônea, a quantidade da droga apreendida, deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5 - Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 376.731 - RS (2016/0285248-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MARCOS HENRIQUE MENEZES FREITAS (PRESO)
ADVOGADO : WEDNER COSTÓDIO LIMA E OUTRO(S) - RS084271
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto por MARCOS HENRIQUE MENEZES FREITAS contra decisão monocrática de minha lavra que não conheceu do *habeas corpus* (e-STJ fls. 144/149).

Nas razões regimentais, sustenta a agravante que a jurisprudência deste Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a quantidade e a natureza da droga não podem ser consideradas, cumulativamente, na primeira e terceira etapa da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem* (e-STJ fl. 158) e que, portanto, **não poderia ser utilizada fundamentação com base na quantidade de droga para fixação de regime mais gravoso para cumprimento da pena.**

Afirma, ainda, a existência de recurso especial, interposto e admitido, em fase de processamento na origem.

Requer a reconsideração da decisão monocrática ou processamento do presente recurso perante a Sexta Turma a fim de que seja concedida a ordem nos termos da petição inicial da impetração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 376.731 - RS (2016/0285248-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Nada obstante as judiciosas ponderações do agravante, tenho que o recurso não merece prosperar.

De início, verifico que a questão tratada nestes autos é diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Supremo Tribunal Federal 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, para a configuração de tal *bis in idem* a quantidade de droga deve ter sido considerada tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria da reprimenda, não tendo relevância se este fator também foi considerado para fixação do regime de cumprimento da pena.

Ainda que assim não fosse, a tese de ocorrência de *bis in idem* não foi aventada na petição inicial do presente *writ*, constituindo indevida inovação recursal, sendo incabível o exame do recurso neste ponto.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NO AGRAVO REGIMENTAL.

INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO.

1. A pretensão de se aplicar a causa especial de redução da pena esbarra na indispensável reapreciação dos elementos fáticos-probatórios da ação penal, procedimento que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coaduna com a via do habeas corpus.

2. Constitui indevida inovação recursal a tese de ocorrência de bis in idem, pois não foi objeto do writ. De qualquer maneira, não tem cabimento, uma vez que foram apresentados motivos diferentes para aumentar a pena-base e para afastar a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 332.216/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRESENÇA DE QUATRO QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DE OUTRAS TRÊS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA NA SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Reconhecida a incidência de quatro qualificadoras, relativamente a todas as imputações realizadas em desfavor do paciente, o sentenciante utilizou-se de 3 delas como agravantes genéricas e de apenas uma para qualificar o delito, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem, uma vez que não se verifica dupla valoração de uma mesma qualificadora em diferentes fases de dosimetria da pena.

2. É incabível o exame de tese não exposta no habeas corpus e invocada apenas no agravo regimental, pois configura indevida inovação recursal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 339.393/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016) (grifei)

Na hipótese destes autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da análise negativa da quantidade de droga apreendida, justificando, assim, a imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, **o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).**

No caso em análise, a quantidade de droga — **8 (oito) tijolos de maconha, pesando, cada um, aproximadamente 794g** — foi considerada pelas instâncias ordinárias como circunstância desfavorável ao paciente, exasperando a pena-base em 7 meses e 15 dias de reclusão.

Desse modo, embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, com base em fundamentação idônea, a quantidade da droga apreendida, deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. ELEVADA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. PENA INALTERADA. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. REGIME FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Inalterada a pena aplicada, fica prejudicado o pleito de substituição da sanção corporal, uma vez que o patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.*

- *Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, com lastro em fundamentação idônea, no caso, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, as quais também foram levadas em conta para justificar a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.*

11.343/2006, deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 365.582/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. DEDICAÇÃO O DA RÉ A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 8 (OITO) E SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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.

[...]

4. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, que a paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

5. **Embora a paciente seja primária e a pena tenha sido estabelecida em seis anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado à espécie, tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum da sanção corporal aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.359/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016, grifei.)

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. 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. [...]

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

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, grifei.)

Diante dessas considerações, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0285248-0

AgRg no
HC 376.731 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 06421500029122 1335880 4542016 6421500029122 70070016985 7832015
7832015152301

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WEDNER COSTODIO LIMA E OUTRO
ADVOGADO : WEDNER COSTÓDIO LIMA E OUTRO(S) - RS084271
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCOS HENRIQUE MENEZES FREITAS (PRESO)

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 : MARCOS HENRIQUE MENEZES FREITAS (PRESO)
ADVOGADO : WEDNER COSTÓDIO LIMA E OUTRO(S) - RS084271
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.