



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.245 - SC (2013/0403238-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : CESAR CASTELLUCCI LIMA
ADVOGADO : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : GUSTAVO FERNANDO ZANINOTTI DE SOUZA
PACIENTE : MURILO OSCAR DE ALMEIDA MIGDALSKI

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REABERTURA DO PRAZO PARA RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE UM MESMO ARGUMENTO EM DUAS ETAPAS DO CÁLCULO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENAS NO TRÁFICO. POSSIBILIDADE. CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. O art. 59 do Código Penal elenca oito circunstâncias para orientar a atividade do magistrado na primeira fase de dosimetria das penas, e, se quaisquer das circunstâncias judiciais aferidas indicar maior desvalor da conduta, está o sentenciante autorizado a elevar a pena-base, observando a proporcionalidade e a razoabilidade do aumento, o qual deve apenas estar devidamente justificado, não podendo ficar limitado a uma fração ou percentual. No caso, o aumento estabelecido foi feito com base na natureza e na quantidade de drogas apreendidas com os pacientes, não merecendo nenhuma censura.

3. Este Tribunal sedimentou o entendimento de que, para a configuração da atenuante da confissão espontânea, o réu deve admitir a autoria do fato criminoso que lhe é imputado.

4. A utilização de um mesmo argumento (referente à natureza e à quantidade drogas) em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o Juiz de piso escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, consoante recente entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal.

5. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES), possibilitando aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crime de tráfico de drogas cumprirem pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

6. O Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, previstas no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra. Assim, deve o magistrado se orientar pelo art. 44 do Código Penal para negar a substituição de penas ao condenado pelo crime de tráfico.

7. A incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não retira o caráter hediondo do delito de tráfico.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para que o Juízo de primeiro grau refaça a dosimetria das penas dos pacientes e do corréu em situação idêntica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. César Castellucci Lima pelos pacientes, Gustavo Fernando Zaninotti de Souza e Murilo Oscar de Almeida Migdalski.

Brasília, 06 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.245 - SC (2013/0403238-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em benefício de **Gustavo Fernando Zaninotti de Souza e Murilo Oscar de Almeida Migdalski**, apontando, como autoridade coatora, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação n. 2010.074852-7).

Depreende-se dos autos que o paciente Gustavo foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 100 dias-multa e o paciente Murilo, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 83 dias-multa, ambos pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 208/231).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, mantendo incólume a sentença condenatória (fls. 334/351). Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÕES CRIMINAIS. RÉUS (3) QUE FORAM CONDENADOS POR TRÁFICO DE DROGAS E ABSOLVIDOS DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESE EXCLUSIVA DO APELO DE DANIEL. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO OU POR DESCONHECIMENTO DA ILICITUDE DA CONDUTA DOS DEMAIS RÉUS. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE SE DERM OS FATOS QUE AFASTA COMPLETAMENTE A POSSIBILIDADE DE DANIEL NÃO TER CIÊNCIA DA DROGA APREENDIDA. VEÍCULO NO QUAL ESTAVA SENDO TRANSPORTADA A DROGA QUE PERTENCIA A ESTE APELANTE. MACONHA ENCONTRADA SOB O BANCO DO CARONA, NA PARTE DE TRÁS DO VEÍCULO, ONDE ESTAVA DANIEL NO MOMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. ÁLIBI QUE NÃO AFASTA DO RÉU A RESPONSABILIDADE PELO DELITO. DECLARAÇÕES DOS DEMAIS RÉUS, NA FASE JUDICIAL, QUE NÃO MERECEM CREDIBILIDADE.

TESES COMUNS AOS APELOS DE MURILO, GUSTAVO E DANIEL. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL OU REDUÇÃO DO AUMENTO PARA A FRAÇÃO DE 1/8 OU, NO MÁXIMO, 1/6. QUANTIDADE EXACERBADA DE ENTORPECENTES (1.950 COMPRIMIDOS DE ECSTASY E 1,5 KG DE MACONHA) ALIADA À NATUREZA ALTAMENTE LESIVA DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS (ECSTASY) QUE PERMITEM A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR APLICADO NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SENTENÇA CONDENATÓRIA. ATENUAÇÃO DAS PENAS APLICADAS A GUSTAVO E MURILO EM DOIS ANOS EM FACE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ACUSADOS QUE NÃO CONFESSARAM O DELITO. SENTENÇA QUE NÃO USA AS DECLARAÇÕES DELES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO, MAS APENAS PARA DESQUALIFICAR A VERSÃO APRESENTADA POR ELES. REDUÇÃO DA PENA PELO § 4.º DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS NO PATAMAR DE 2/3. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS, BEM COMO CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME TER SIDO COMETIDO EM CONCURSO DE PESSOAS, REQUEREM A APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE REDUÇÃO, COMO FEITO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PREJUDICADA PARCIALMENTE ANTE AO NÃO COLHIMENTO DO PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. TESE DE QUE O § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 AFASTA A HEDIONDEZ DO DELITO INVIÁVEL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL. IMPOSSÍVEL EM RAZÃO DO *QUANTUM* DA PENA E DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA E ALTA POTENCIALIDADE LESIVA DO *ECSTASY*.

RECURSOS DESPROVIDOS.

Sustenta o impetrante, em síntese, que os pacientes sofrem constrangimento ilegal decorrente da majoração excessiva e desarrazoada da pena-base, feita com base na quantidade e variedade de entorpecentes. Acrescenta, ainda, que deve ser aplicada aos pacientes a circunstância legal da atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a circunstância judicial negativa relativa à natureza e à quantidade de droga.

Alega que os pacientes fazem jus à redução da pena em 2/3, pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não se pode considerar a quantidade e a natureza do droga na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

Nesse sentido, aplicada a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, mostra-se a viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como a fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Assevera que o tráfico privilegiado não pode ser considerado crime equiparado a hediondo, pelas mesmas razões que não é crime hediondo o homicídio qualificado privilegiado, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pede a reabertura de prazo para interposição de recursos especial e extraordinário, sob o argumento de que o causídico estava impossibilitado de realizar o ofício, em razão de doença psíquica.

Por fim, alega que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a Lei n. 12.637/2012, que alterou o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, que obriga considerar o período de prisão cautelar, já suportado pelos pacientes, para a fixação do regime inicial.

Nesse contexto, requer a concessão da ordem, liminarmente, para suspender os mandados de prisão expedidos contra os pacientes nos Autos n. 125.09.004449-9, de Execução Penal de Murilo, e 125.13.000675-4, de Execução Penal de Gustavo, da Vara Criminal da comarca de Itapema/SC, expedindo-lhes salvo-conduto, até o julgamento do mérito do *writ*, ou permitir que os pacientes iniciem imediatamente o cumprimento da pena no regime aberto e, no mérito, **a-** *na primeira fase da dosimetria da pena, redimensionar o aumento em 1/9 ou 10%, em razão de uma circunstância judicial negativa; b-* *na segunda fase da dosimetria da pena, aplicar aos pacientes a circunstância legal atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a circunstância judicial negativa valorada na primeira fase da dosimetria da pena; c-* *na terceira fase da dosimetria da pena, redimensionar a fração da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, para o patamar máximo de 2/3; d-* *fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por várias restritivas de direitos, porque suficientes para a prevenção e reprovação do crime ou, aplicação do sursis penal; e-* *declarar que o tipo penal do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 não é hediondo; f-* *anular o trânsito em julgado em razão da incapacidade mental comprovada do advogado à época dos prazos para o Recurso Especial e Extraordinário, reabrindo o prazo para estes; g-* *declarar absolutamente nulo o trânsito em julgado, reabrindo o prazo para apresentação de Recurso Especial e Extraordinário; h-* *declarar absolutamente nula a sentença de primeira instância por inobservância do critério trifásico para o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cálculo da pena; i- Aplicar retroativamente a detração penal benéfica prevista no § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, que foi incluído pela Lei 12.736 de 2012, computando o tempo de prisão provisória dos pacientes e fixando-lhes o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 44/45).

Pugna, ainda, o impetrante, pela intimação prévia da sessão de julgamento para sustentação oral.

A liminar foi indeferida pela Ministra Assusete Magalhães (fls. 388/390) e, prestadas as informações (fls. 393/514 e 541/546), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, para que seja afastada a obrigatoriedade do regime fechado, em parecer assim ementado (fls. 547/550):

HC. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM APELAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE E CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA APLICADAS EM RAZÃO DA QUANTIDADE E QUALIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA (ECSTASY E MACONHA). *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 33 § 4º DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. O *habeas corpus* somente comporta discussão do quantum da sanção imposta quando a ilegalidade ou abuso seja evidente e repercute na liberdade de locomoção do paciente. Alegação de nulidade não apreciada pelo Tribunal coator, cujo exame demanda revolvimento de provas. Parecer pela concessão parcial da ordem, apenas para afastar a obrigatoriedade de cumprimento da pena no regime fechado.

Em razão da mudança da Ministra Assusete Magalhães da Sexta para a Segunda Turma desta Corte, o presente feito foi a mim redistribuído (fl. 557).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.245 - SC (2013/0403238-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012 e HC n. 104.045/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/11/2011.

De início, afasto a possibilidade de anular o trânsito em julgado, reabrindo o prazo para apresentação de recursos especial e extraordinário em razão da incapacidade mental do advogado à época em que corria o prazo para interposição destes recursos. Primeiro, porque não há amparo legal no pedido. Segundo, porque a questão não foi examinada por órgão colegiado do Tribunal de origem. E terceiro, porque a decisão monocrática que indeferiu este pleito se mostra suficientemente fundamentada (fl. 365). Havia a possibilidade do impetrante substabelecer a procuração que lhe foi outorgada, o que de fato aconteceu no caso, não ficando a defesa dos réus prejudicada. Assim, outro causídico poderia ter interposto os recursos cabíveis, na impossibilidade do impetrante o fazê-lo. E, como bem observou o Desembargador Relator que indeferiu o pedido, *o procurador dos réus apresentou embargos de declaração e, posteriormente, embargos de declaração em embargos de declaração, sem que a doença que o acomete não o impediu (sic) disso*. Não acolho, portanto, o pedido.

Os demais pedidos referem-se à dosimetria, razão pela qual se faz oportuno transcrever, no que interessa, a sentença de primeira grau (fls. 228/237 – grifo nosso):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Os acusados são todos primários, não registram antecedentes criminais relevantes, e nada há nos autos que indique que se dediquem a atividades ou organização criminosas.

Nesse caso, **fazem jus à diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Entretanto, não há de se perder de vista que agiram em concurso de pessoas e foram presos portando considerável quantidade de drogas (1.510 gramas de maconha e 1.951 comprimidos de ecstasy), o que demonstra a grande potencialidade lesiva de suas condutas, de modo que a diminuição de suas penas deve se dar no mínimo legalmente previsto (1/6).**

8. A nova Lei de Drogas, de forma salutar, veda expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em se tratando de crime de tráfico de entorpecente (Lei 11.343/06, arts. 33, § 4º e 44), isso porque é vidente que a natureza do tráfico de entorpecentes indica ser o benefício insuficiente à repressão e prevenção da conduta incriminada.

[...]

12. Definidos os tipos penais incidentes a todos os acusados – Lei 11.343/06, art. 33, *caput*, e § 4º – passo à aplicação das penas:

A) GUSTAVO FERNANDO ZANINOTTI DE SOUZA

1) Da análise do art. 59 do Código Penal:

a) Culpabilidade: restou demonstrada, pois o acusado, maior e mentalmente são, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha quando ao seu proceder; b) **Natureza e quantidade das substâncias entorpecentes: a natureza das drogas, notadamente do ecstasy, é de alto potencial lesivo e foi enorme a quantidade encontrada (1.951 comprimidos), podendo atingir um número igual de usuários, o que é causa eficiente para aumentar a pena-base em 2 (dois) anos;** c) Antecedentes: não os registra; d) Conduta social: afora o crime em questão, demonstra-se dentro da normalidade, de acordo com os relatos de suas testemunhas; e) Personalidade do agente: os elementos do processo indicam ter personalidade normal; f) Motivos do Crime: próprios dos delitos; g) Circunstâncias do Crime: normais à espécie; h) Consequências do crime: próprias do delito; i) Comportamento da Vítima: no delito em questão, por ser a vítima o Estado, não há que falar em seu comportamento.

Assim sendo, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, esta fixada em 1/10 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, diante da boa condição social, econômica e financeira sustentada pelo acusado.

2) Das agravantes e atenuantes:

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena a serem consideradas. Nem mesmo há que se falar na atenuante da confissão, pois, como visto na parte fundamentativa da sentença, o acusado deu versão totalmente inverossímil dos fatos.

3) Das causas de aumento e diminuição da pena:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não existem causas de aumento da pena.

Incide a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que, no caso, conforme já fundamentado, deve ser aplicada no grau mínimo (1/6).

Portanto, resta a pena fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, esta fixada em 1/10 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos.

O regime para o cumprimento da pena é o inicialmente fechado (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º, com a redação dada pela Lei 11.464/2007), admitida a progressão após o cumprimento 2/5 (dois quintos) da pena, diante da primariedade do acusado.

B) MURILO OSCAR ALMEIDA MIGDALSKI

1) Da análise do art. 59 do Código Penal:

a) Culpabilidade: restou demonstrada, pois o acusado, maior e mentalmente são, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha quando ao seu proceder; **b) Natureza e quantidade das substâncias entorpecentes: a natureza das drogas, notadamente do ecstasy, é de alto potencial lesivo e foi enorme a quantidade encontrada (1.951 comprimidos), podendo atingir um número igual de usuários, o que é causa eficiente para aumentar a pena-base em 2 (dois) anos;** c) Antecedentes: não os registra de forma relevante; d) Conduta social: desajustada pelo uso contínuo de entorpecentes, o que o levou, provavelmente, à prática da narcotraficância; e) Personalidade do agente: os elementos do processo indicam ter personalidade normal; f) Motivos do Crime: próprios dos delitos; g) Circunstâncias do Crime: normais à espécie; h) Consequências do crime: próprias do delito; i) Comportamento da Vítima: no delito em questão, por ser a vítima o Estado, não há que falar em seu comportamento.

Assim sendo, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, esta fixada no patamar mínimo previsto no art. 43 da Lei 11.343/2006, considerando que o acusado é proveniente de família humilde e tem condições sociais, econômica e financeira limitadas.

2) Das agravantes e atenuantes:

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena a serem consideradas. Nem mesmo há que se falar na atenuante da confissão, pois, como visto na parte fundamentativa da sentença, o acusado deu versão totalmente inverossímil dos fatos.

3) Das causas de aumento e diminuição da pena:

Não existem causas de aumento da pena.

Incide a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que, no caso, conforme já fundamentado, deve ser aplicada no grau mínimo (1/6).

Portanto, resta a pena fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 83 (oitenta e três) dias-multa, esta fixada no patamar mínimo previsto no art. 43 da Lei 11.343/2006.

O regime para o cumprimento da pena é o inicialmente fechado (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º, com a redação dada pela Lei 11.464/2007), admitida a progressão após o cumprimento 2/5 (dois quintos) da pena, diante da primariedade do acusado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

C) DANIEL GENTILE DE OLIVEIRA

1) Da análise do art. 59 do Código Penal:

a) Culpabilidade: restou demonstrada, pois o acusado, maior e mentalmente sã, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha quando ao seu proceder; b) **Natureza e quantidade das substâncias entorpecentes: a natureza das drogas, notadamente do ecstasy, é de alto potencial lesivo e foi enorme a quantidade encontrada (1.951 comprimidos), podendo atingir um número igual de usuários, o que é causa eficiente para aumentar a pena-base em 2 (dois) anos;** c) Antecedentes: não os registra; d) Conduta social: afora o crime em questão, demonstra-se dentro da normalidade, de acordo com os relatos de suas testemunhas; e) Personalidade do agente: os elementos do processo indicam ter personalidade normal; f) Motivos do Crime: próprios dos delitos; g) Circunstâncias do Crime: normais à espécie; h) Consequências do crime: próprias do delito; i) Comportamento da Vítima: no delito em questão, por ser a vítima o Estado, não há que falar em seu comportamento.

Assim sendo, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, esta fixada em 1/10 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, diante da boa condição social, econômica e financeira sustentada pelo acusado.

2) Das agravantes e atenuantes:

Não há circunstâncias agravantes da pena. **Incide, exclusivamente, a atenuante da menoridade (CP, art. 65, I), que diminui a pena-base em 2 (dois) anos.**

3) Das causas de aumento e diminuição da pena:

Não existem causas de aumento da pena.

Incide a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que, no caso, conforme já fundamentado, deve ser aplicada no grau mínimo (1/6).

Portanto, resta a pena fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, esta fixada em 1/10 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos.

O regime para o cumprimento da pena é o inicialmente fechado (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º, com a redação dada pela Lei 11.464/2007), admitida a progressão após o cumprimento 2/5 (dois quintos) da pena, diante da primariedade do acusado.

FACE AO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a denúncia para:

A) CONDENAR o acusado GUSTAVO FERNANDO ZANINOTTI DE SOUZA, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, esta fixada em 1/10 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, por infração ao disposto no art. 33, *caput* e § 4º da Lei 11.343/06;

B) CONDENAR o acusado MURILO OSCAR ALMEIDA MIGDALSKI, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 83 (oitenta e três) dias-multa, esta fixada no patamar mínimo previsto no art. 43 da Lei 11.343/2006, por infração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao disposto no art. 33, *caput* e § 4º da Lei 11.343/06;

C) CONDENAR o acusado DANIEL GENTILE DE OLIVEIRA, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, esta fixada em 1/10 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, por infração ao disposto no art. 33, *caput* e § 4º da Lei 11.343/06.

D) ABSOLVER todos os acusados da imputação criminal referente à associação para o tráfico (Lei 11.343/2006, art. 35) por inexistir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VII).

[...]

O Tribunal de Justiça, ao manter a pena aplicada aos paciente, disse o seguinte (fls. 344/351 – grifo nosso):

[...]

Os recursos de Gustavo e Murilo limitaram-se a contestar a dosimetria da pena, em todas as suas fases, inclusive no que se refere à aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como pleiteiam a fixação do regime mais brando (aberto) e a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Já o apelo de Daniel, além das teses relativas à autoria, ao dolo e à culpabilidade, também se debruçou sobre as mesmas questões levantadas pelos recursos de Gustavo e Murilo, razão pela qual passo a analisar essas questões de maneira conjunta.

Não havendo tese de negativa de autoria, nos recursos de Gustavo e Murilo, embora elas tenham existido nos autos originários, dou-me o direito de apenas reafirmar, em relação a eles, os termos da sentença condenatória, que acertou em confirmar a participação dolosa de ambos os apelantes na prática criminosa, sendo que a autoria de Daniel já foi analisada oportunamente.

Em relação à primeira fase da dosimetria penal, os apelantes alegam que a elevação operada pela sentença condenatória, em 2 (dois) anos, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, seria excessiva e que, via de consequência, a pena base deveria ser exacerbada em 1/8 (um oitavo) ou, no máximo, em 1/6 (um sexto).

A fundamentação utilizada pela togada singular, todavia, foi acertada ao ressaltar a grande quantidade de um dos tipos de droga apreendido (um mil, novecentos e cinquenta e um comprimidos), e o alto potencial lesivo desse tipo de droga, conhecido como "ecstasy", isso sem falar que, além dessa droga, ainda havia aproximadamente 1,5 Kg (um quilograma e meio) de maconha.

A dosimetria da pena, na fase ora em questão, ao contrário do que alegam os apelantes, obedeceu ao princípio da individualização da pena, já que analisou detidamente cada uma das circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, como bem colocado pelas próprias razões, considerou para o apelante Murilo a especial circunstância de ser comprovadamente usuário contínuo de drogas, o que fez com que a sua conduta social fosse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerada desajustada, sem que isso tenha resultado em maior elevação da pena base.

Ora, a togada de primeiro grau analisou as circunstâncias judiciais separadamente para cada um dos três réus, justificando em três oportunidades distintas a avaliação que fez de cada uma delas, sendo que o fato de essas circunstâncias serem bastante parecidas nos três casos não significa que não houve a correta individualização da pena.

Tanto é assim que o próprio defensor repetiu (copiou e colou), nos recursos de Gustavo e Murilo, bem como na parte final do apelo de Daniel, praticamente as mesmas razões recursais, corroborando o entendimento de que em situações semelhantes, os argumentos e fundamentos podem ser os mesmos.

Ao fixar o patamar de aumento da pena base, a sentença condenatória não deixou de analisar as circunstâncias judiciais que a defesa vê como favoráveis aos apelantes, ao contrário, mencionou-as uma a uma, porém as considerou, de maneira geral, normais à espécie, ou seja, não foram consideradas favoráveis a ponto de reduzir aquele patamar, mas apenas para mantê-lo sem mais elevações.

Apenas para que não reste dúvida, no campo meramente hipotético, uma circunstância que poderia abrandar o aumento fixado pelas circunstâncias do delito seria a do comportamento da vítima, caso esta tivesse contribuído para a prática criminosa, provocando o réu, por exemplo.

Uma vez que os comprimidos de "ecstasy" e o tablete de maconha foram encontrados, todos, em um mesmo contexto fático, em que estavam todos os réus juntos em um mesmo veículo, nada mais coerente que considerar a totalidade da droga como de propriedade comum de todos os réus, sem que isso represente ofensa ao princípio da individualização.

É que, *in casu*, considero inviável a divisão da droga entre os três apelantes para diminuir a quantidade que tocaria a cada um e, assim, reduzir o patamar de aumento dado pela circunstância judicial correspondente, haja vista a ação conjunta dos três dirigida a um fim comum, como já foi dito.

Seguindo adiante, sem sair, ainda, da primeira fase da dosimetria, observo que nenhuma consequência prática traria ao *quantum* da pena base a discussão a respeito da dependência de drogas apresentada pelo apelante Murilo e mencionada durante a análise das circunstâncias judiciais, no âmbito da conduta social, haja vista que essa menção não elevou a pena.

Embora a menção realmente tenha sido feita, observa-se que a pena-base não sofreu elevação por este motivo, pelo que se deve concluir que a juíza considerou boa a conduta social do acusado Murilo.

Finalmente, para que seja possível iniciar a segunda fase dosimétrica, mister esclarecer que o julgador não está adstrito a um determinado patamar de aumento para cada uma das circunstâncias judiciais que entender desfavorável, ou seja, se considerar apenas uma delas especialmente desfavorável e motivar a sua condenação de maneira consistente, nada impede que aplique, por uma única circunstância, um aumento maior.

No que se refere à segunda fase do procedimento de fixação da pena, a defesa pretende o reconhecimento, em relação a Gustavo e Murilo, da atenuante da confissão espontânea, por entender que ambos confessaram o delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A confissão de Murilo estaria estampada, segundo a defesa, na parte em que disse ser "verdadeira, em parte, a imputação que lhe é feita" (fl. 217) e "que só comprou 1.000 comprimidos de ecstasy" (fl. 218).

Gustavo, de sua parte, teria confessado, segundo suas razões recursais, ao afirmar "que parte da droga apreendida foram encontradas em seu poder" (fl. 214) e que "resolveu guardar, colocando dentro de sua calça um saco de comprimidos de ecstasy" (fl. 215).

Apesar dessas alegações, percebe-se clara e indubitavelmente que Murilo sustentou, em seu interrogatório (fls. 217-219), que a droga comprada por ele, aproximadamente 1.000 (mil) comprimidos de "ecstasy", era para uso próprio, negando saber da existência do restante da droga.

As declarações dadas por Gustavo, em seu interrogatório (fls. 214-216), também não autorizam o reconhecimento da confissão espontânea, isso porque, apesar de reconhecer que parte da droga apreendida estava em seu poder, ele disse que ela não lhe pertencia e que só resolveu guardá-la a pedido de Murilo, ao se depararem com a batida policial.

A sentença condenatória, ao citar os depoimentos de Murilo e Gustavo, fê-lo tão somente, e por nenhum outro motivo, com o intuito de desqualificar as versões por eles apresentadas para os fatos, classificando-as de desencontradas e fantasiosas.

Em momento algum da sentença a magistrada considerou as declarações de qualquer um deles para embasar a condenação, como quer fazer crer a defesa, ao contrário, desqualificou-as.

O fato de citar depoimento em que um policial federal mencionou que Gustavo teria dito que ganharia certa quantidade de maconha para ajudar os demais codenunciados a conseguirem o "ecstasy" não significa que a juíza tenha utilizado a confissão dele como fundamento da sentença condenatória, inclusive porque Gustavo, como visto, não confessou a propriedade da droga, ao contrário, atribuiu-a integralmente a Murilo.

Dessa maneira, não há de ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, porquanto nem Gustavo nem Murilo confessaram o crime, haja vista que o primeiro atribuiu a propriedade de toda a droga a Murilo e este, de sua parte, disse que só tinha conhecimento da droga que estava consigo e, ainda assim, alegou que seria para uso próprio e não para o comércio ilícito.

Note-se que a magistrada *a quo* aplicou corretamente a atenuante da menoridade ao apelante Daniel, em razão da qual reduziu a pena privativa de liberdade novamente ao patamar mínimo, de 5 (cinco) anos de reclusão.

Na terceira fase, os apelantes pretendem a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, ou seja, em 2/3 (dois terços), por entenderem que não houve agravantes (nem mesmo aquelas aplicadas ao concurso de pessoas - art. 62 do Código Penal), que as circunstâncias do crime foram consideradas normais e que o concurso de pessoas não poderia ser invocado para fixar o patamar mínimo de redução.

Entendo, porém, que a grande quantidade da droga apreendida em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder dos apelantes (1.951 comprimidos de "ecstasy" e 1.510 gramas de maconha) e a alta potencialidade lesiva do "ecstasy" autorizam a diminuição da pena em seu patamar mínimo, ou seja, em apenas 1/6 (um sexto).

Não se diga que considerar a natureza e quantidade da droga para aumentar a pena base e ao mesmo tempo para diminuir o patamar de redução do § 4.º do art. 33 da Lei Antidrogas configura *bis in idem*, porquanto me posiciono contrariamente a este entendimento, por considerar que as circunstâncias judiciais influem, por força de lei, em diversos momentos da sentença condenatória, como no caso da fixação do regime e até da substituição da pena, sem que isso signifique dupla penalização pelo mesmo fato.

A propósito, lecionam Abel Fernandes Gomes *et al*:

O *quantum* da redução, em função da aplicação da causa de diminuição anunciada pelo § 4.º, deverá variar em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas, do fato e do agente, respectivamente, e que influenciaram na prática do crime. Não há nenhum problema em que o juiz possa levar em consideração essas circunstâncias, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da maior ou menor fração da redução. Afinal, a utilização das circunstâncias estaria atuando como **causas diferentes**, o que não repercute no *bis in idem*. Tome-se como exemplo a motivação torpe de um delito. Se essa circunstância é usada para a fixação mais gravosa da pena-base (art. 59 do CP), não poderá ser usada de novo para dar vazão a uma causa da mesma natureza, qual seja o aumento da pena como agravante do art. 61, II, a do CP. Entretanto, quando vem a ser levada em conta como causa de diminuição, não haverá nenhum *bis in idem* quando se utiliza a circunstância para atribuir uma menor fração de redução. Do contrário, a própria utilização da reincidência como agravante, nos crimes do art. 33, caput, e seu § 1.º, e, depois, a ausência de primariedade para fins de negar a aplicação ao seu § 4.º já representaria um *bis in idem* e fulminaria, *in natura*, a existência do próprio § 4.º (Nova lei antidrogas: Teoria, crítica comentários a lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 32). [grifado]

A respeito do fato de o crime ter sido praticado em concurso de pessoas, muito embora essa circunstância não tenha sido considerada na fase do art. 59 do Código Penal, entendo que ele pode sim ser levado em conta na determinação do patamar de redução da pena e, se não foi considerado como circunstância desfavorável na primeira fase dosimétrica, é porque foram beneficiados por uma análise judicial que poderia ter sido ainda mais rígida.

Note-se, inclusive, que a togada singular frisou que a apreensão de drogas resultante da operação policial que culminou na prisão dos apelantes foi uma das maiores do Estado de Santa Catarina, o que, por si só, já se decidiu, inclusive, que afasta a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei Antidrogas (vide Embargos Infringentes n. 2011.007897-3, da Seção Criminal deste e. Tribunal).

Em nenhum momento a magistrada, em sua fundamentação, mencionou a aplicação analógica do art. 62 do Código Penal, razão pela qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desnecessária essa abordagem neste recurso.

Correta, portanto, a dosimetria realizada na sentença condenatória, razão pela qual passo à tese relativa ao regime de cumprimento da pena.

Sobre o assunto, desde logo já se observa a prejudicialidade parcial do pleito de fixação do regime aberto, já que este estava condicionado à redução da pena aplicada ao patamar desejado pela defesa, desejo este que não se concretizou, como visto.

Entretanto, **os apelantes alegam que o § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, não contempla a hipótese do § 4.º do art. 33 da Lei Antidrogas, isso porque as condutas punidas por este último dispositivo legal teriam menor grau de reprovabilidade.**

Essa, todavia, não é a minha posição a respeito do assunto, haja vista que me filio à corrente que vê o § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 como mera causa especial de diminuição da pena e não como um tipo penal específico, que não se incluiria no conceito de crime hediondo.

Este órgão fracionário já decidiu, inclusive, neste mesmo sentido:

[...]

Considerado como crime equiparado a hediondo, mesmo quando aplicado o § 4.º do art. 33 da Lei Antidrogas, o regime inicial para cumprimento da pena há de ser o fechado, como muito bem fixou a juíza de primeiro grau.

Tendo em vista que as penas aplicadas aos apelantes não foi reduzida como pretendia a defesa, ressalta-se que elas ficaram acima do patamar máximo exigido pelo inc. I do art. 44 do Código Penal e, portanto, impossível conceder a substituição da pena, mesmo que considerada a inconstitucionalidade da vedação estipulada pela Lei Antidrogas, já declarada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. Não é demasiado ressaltar que a medida, além de não atendido o requisito da pena máxima, é totalmente desaconselhável ao caso dos autos, sobretudo diante da grande quantidade de droga apreendida (1.951 comprimidos de "ecstasy" e 1.510 gramas de maconha) e a alta potencialidade lesiva do "ecstasy").

Assim, vê-se que os recursos, todos, não merecem prosperar também no que se refere à dosimetria, ao regime de cumprimento e à substituição das penas.

O impetrante insurge-se, inicialmente, contra o aumento de 2 anos na pena-base dos pacientes, em razão da considerável quantidade de drogas com eles apreendida (1.951 comprimidos de ecstasy e 1.510 g de maconha), pugnando pelo redimensionamento do aumento para 1/9 ou em 10% da pena mínima.

Conforme já decidido inúmeras vezes por este Tribunal, o art. 59 do Código Penal elenca oito circunstâncias para orientar a atividade do magistrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na primeira fase de dosimetria das penas, e, se quaisquer das circunstâncias judiciais aferidas indicar maior desvalor da conduta, está o sentenciante autorizado a elevar a pena-base, observando a proporcionalidade e a razoabilidade do aumento. Há a chamada discricionariedade vinculada nesse aumento, o qual deve apenas estar devidamente justificado, não podendo ficar limitado a uma fração ou percentual, como quer o impetrante.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ARMA DE FOGO. DEPOIMENTOS FIRMES DAS TESTEMUNHAS. VALIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. MAJORANTE CONFIGURADA. REGIME PRISIONAL. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- **Mostra-se devido o aumento na pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, cabendo destacar que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial, não obedecendo a critérios rígidos ou puramente objetivos. Existindo vetores negativos na análise do art. 59 do Código Penal, correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal.**

- Houve a devida e concreta fundamentação para elevação da reprimenda na primeira fase do cálculo da pena, destacando o Magistrado a presença das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente - circunstâncias do crime, personalidade do agente e maus antecedentes -, sendo certo que a modificação do entendimento das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, exigiria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado nos estreitos limites do habeas corpus.

- Não merece prosperar o pedido de exclusão da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, ao argumento de que a arma não foi vista com o paciente, pois é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a incidência da majorante pode ser comprovada por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas, sendo certo que a modificação do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias ensejaria ao reexame dos fatos e provas contidos nos autos, procedimento, conforme já dito, vedada em sede de habeas corpus.

- Restando firme o depoimento das testemunhas acerca da existência de arma de fogo no contexto do roubo e, identificando o paciente como um dos roubadores, presente, pois, a causa de aumento de pena em questão, sendo que mesmo a ausência de apreensão e posterior perícia da arma, não afasta a causa de aumento de pena prevista no inciso I, do §2º, do artigo 157 do Código Penal.

- Mantidas as penas estabelecidas pelas instâncias originárias e fixada a pena-base acima do mínimo legal, correto o estabelecimento do regime, que se deu com estrita observância ao artigo 33, § 2º, b, e § 3º do Código Penal, não existindo, por consequência, reparo algum a ser feito, lembrando que, conforme o disposto no artigo, o réu reincidente faria jus ao regime semi-aberto apenas se sua pena restasse igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o que não foi o caso.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC n. 191.174/SP, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 15/3/2013 – grifo nosso)

No mesmo sentido: HC n. 208.213/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2013; HC n. 275.124/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9/12/2013.

No caso, verifico que o Juízo de piso atentou não só para a quantidade, mas também para a natureza das drogas, destacando o *ecstasy*. Tal atitude, a meu ver, não merece censura, estando o aumento dentro dos limites da discricionariedade, da razoabilidade e da proporcionalidade, que regem a dosimetria.

O pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea também não prospera, pois consta no acórdão impugnado que *nem Gustavo nem Murilo confessaram o crime, haja vista que o primeiro atribuiu a propriedade de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toda a droga a Murilo e este, de sua parte, disse que só tinha conhecimento da droga que estava consigo e, ainda assim, alegou que seria para uso próprio e não para o comércio ilícito.

E este Tribunal sedimentou o entendimento de que, para a configuração da atenuante da confissão espontânea, o réu deve admitir a autoria do fato criminoso que lhe é imputado.

Nesse sentido: HC n. 233.187/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18/2/2014; HC n. 98.280/RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 30/11/2009; HC n. 110.661/MS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 2/2/2009. De igual modo já decidiu também a Suprema Corte: HC n. 94.295/SP, Ministra Cármen Lúcia, DJe 30/10/2008.

Ademais, a simples leitura da sentença mostra que as declarações dos pacientes não foram utilizadas para embasar a condenação, mas foram citadas para ser desqualificadas, pois reputadas inverídicas. A propósito, também é firme a jurisprudência deste Tribunal em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu, como se colhe em reiterados precedentes das duas Turmas da Terceira Seção, dos quais extraio os seguintes: HC n. 182.751/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/6/2012; HC n. 186.968/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 22/3/2012; HC n. 139.920/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19/10/2011.

No que tange à terceira fase da dosimetria, o impetrante pede o redimensionamento da fração da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para o patamar máximo de 2/3.

Nesse ponto, verifico manifesta ilegalidade a ser sanada, não em razão do grau redutor utilizado, mas pela consideração da quantidade e da natureza das drogas apreendidas em duas fases da dosimetria.

Com efeito, a utilização de um mesmo argumento, referente à natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e à quantidade de drogas, em duas fases do cálculo da pena caracteriza uma dupla punição pelo mesmo fato, devendo o Juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, a fim de evitar *bis in idem*.

Não se olvida do entendimento reiterado desta Corte Superior, o meu inclusive, no sentido de que seria possível a consideração da quantidade e/ou natureza da droga apreendida na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e na terceira etapa, para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 229.694/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 3/2/2014, por exemplo).

Ocorre que, em recentes decisões, prolatadas em 19/12/2013, no julgamento dos HCs n. 112.776/MS e 109.193/MG, **o Plenário da Suprema Corte decidiu, por maioria, que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas com um condenado por tráfico de entorpecentes só podem ser usadas, durante a dosimetria da pena, na primeira ou na terceira etapa do cálculo, e sempre de forma não cumulativa.** Embora ainda não se tenha acesso ao inteiro teor do acórdão proferido, verificou-se, no sítio eletrônico daquela Corte, que **a ordem foi concedida em parte, para determinar ao Juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta aos pacientes (sem *bis in idem* quanto à natureza e à quantidade da droga), com fixação do regime prisional à luz do art. 33 do Código Penal.** Na ocasião, os ministros acordaram decidir monocraticamente as questões idênticas futuras.

Nesse contexto, à vista do entendimento firmado na Suprema Corte, que será adotado inclusive em decisões unipessoais, não faz sentido decidir de outro modo, ainda que não exista caráter vinculante na decisão proferida, sob pena de se ferir os princípios da isonomia e da individualização da pena, tendo em vista que os réus que conseguirem levar seus recursos e impetrações até o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal terão assegurada a não ocorrência do mencionado *bis in idem*, ficando prejudicados aqueles réus que não fizeram o mesmo, pelos mais diversos motivos, seja desconhecimento, ausência de advogado ou recursos financeiros etc.

Na espécie, na primeira fase da dosimetria, o magistrado *a quo* aumentou a pena-base em 2 anos de reclusão em razão da *natureza das drogas, notadamente do ecstasy, que é de alto potencial lesivo e foi enorme a quantidade encontrada (1.951 comprimidos), podendo atingir um número igual de usuários*. Na terceira etapa do cálculo da pena, o Juízo de piso observou que os réus faziam jus à diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, mas, em razão da *considerável quantidade de drogas (1.510 g de maconha e 1.951 comprimidos de ecstasy)*, que demonstra a grande potencialidade lesiva de suas condutas, estabeleceu a diminuição no mínimo legalmente previsto (1/6).

Assim, com tal conduta, o Juízo de primeiro grau incidiu em *bis in idem*, devendo os autos a ele retornar para que profira nova dosimetria.

O refazimento da dosimetria certamente influenciará na fixação do regime e na substituição das penas, tornando prejudicados os pedidos relativos a tais questões.

Contudo, é necessário orientar o Juízo de primeiro grau na prolação de uma sentença desprovida de nulidades, tendo em vista as mudanças ocorridas na jurisprudência desde 2009, época em que foi prolatada a decisão.

Nesse contexto, destaco que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e no art. 44 do mesmo diploma normativo, que impossibilitavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A questão foi objeto, ainda, da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal. Assim, para que se negue o benefício da substituição, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado deverá identificar a ausência do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, podendo invocar ainda os arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

E, ao julgar o HC n. 111.840/ES, o Plenário da Suprema Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados, entendimento acolhido por esta Corte Superior. Afasto, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado, estabelecida nas instâncias ordinárias, devendo o regime inicial ser aplicado de maneira fundamentada.

Desse modo, a substituição e a fixação do regime inicial devem ser orientadas pelos parâmetros estabelecidos nos art. 33 e 44 do Código Penal. E deve o magistrado observar o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 12.736/2012, computando o tempo de prisão dos pacientes para a fixação do regime inicial.

Por fim, não prospera o pedido de afastamento do caráter hediondo do crime praticado, pois a mera aplicação de causa de diminuição de pena não é suficiente para descaracterizar a natureza do crime de tráfico de entorpecentes.

A tese trazida pelo impetrante encontra óbice no entendimento desta Corte, consolidado no julgamento do REsp n. 1.329.088/RS, representativo da controvérsia, no qual ficou decidido que a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, por não decorrer do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada ou da existência de uma figura privilegiada do crime. Anote-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução.

(REsp n. 1.329.088/RS, da minha relatoria, Terceira Seção, DJe 26/4/2013 – grifo nosso)

Esse entendimento também é agasalhado pelo Supremo Tribunal Federal:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Causa especial de redução de pena. Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Pretendida descaracterização do caráter hediondo do delito nessa modalidade. Impossibilidade. Precedentes. Recurso não provido. **1. A questão já foi objeto de deliberação pela Primeira Turma, a qual preconizou que “a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior”** (HC nº 114.452/RS-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 8/11/12). 2. Recurso não provido.

(RHC n.118.195, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 3/10/2013 – grifo nosso)

Por tudo que foi considerado, tenho que deve ser anulada a sentença de primeiro grau no que tange à dosimetria da pena dos pacientes. Observo que o corréu Daniel Gentile de Oliveira se encontra nas mesmas condições dos pacientes, devendo a ele ser estendida esta decisão, ficando prejudicado o HC n. 284.254/SC, impetrado em seu benefício sob os mesmos argumentos aqui debatidos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. **De ofício, concedo** a ordem para determinar ao Juízo de piso que proceda à nova fixação da pena imposta aos pacientes Gustavo Fernando Zaninotti de Souza e Murilo Oscar de Almeida Migdalski e ao corréu Daniel Gentile de Oliveira, utilizando a natureza e a quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo das reprimendas, com fixação do regime prisional à luz do art. 33 do Código Penal, c/c o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0403238-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 284.245 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 125080044895 125090044499 125130006754 20100748527

EM MESA

JULGADO: 06/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CESAR CASTELLUCCI LIMA
ADVOGADO	: CÉSAR CASTELLUCCI LIMA E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: GUSTAVO FERNANDO ZANINOTTI DE SOUZA
PACIENTE	: MURILO OSCAR DE ALMEIDA MIGDALSKI
CORRÉU	: DANIEL GENTILE DE OLIVEIRA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **CÉSAR CASTELLUCCI LIMA**, pelas partes **PACIENTES: GUSTAVO FERNANDO ZANINOTTI DE SOUZA e MURILO OSCAR DE ALMEIDA MIGDALSKI**

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros **Rogério Schietti Cruz**, **Nefi Cordeiro**, **Marilza Maynard** (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e **Maria Thereza de Assis Moura** votaram com o Sr. Ministro Relator.