



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.744 - MS (2015/0165433-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : WILLIAN PANIAGO NERY DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. OCORRÊNCIA. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (35 KG DE MACONHA). POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que configura *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na 1ª e na 3ª fases da dosimetria da pena.
3. Legalidade do regime inicial fechado fixado na origem, considerando o *quantum* da pena aplicada (7 anos de reclusão) e a quantidade da droga encontrada em poder do paciente (35Kg de maconha), nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que a autoridade competente proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.744 - MS (2015/0165433-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : WILLIAN PANIAGO NERY DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **WILLIAN PANIAGO NERY DE OLIVEIRA**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 (setecentos) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 167-184).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, a qual o Tribunal *a quo*, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6 (e-STJ, fls. 279-305).

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, a existência de constrangimento ilegal na utilização da quantidade e natureza da droga apreendida para majorar a pena-base e para negar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no seu grau máximo, bem como na imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos

Requer a concessão da ordem para que seja fixada a pena-base no mínimo legal ou determinar que a fração da minorante do tráfico privilegiado eu seu grau máximo, bem como concedido o regime inicial mais brando (e-STJ, fls. 1-9).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*, ou se conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 375-383).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.744 - MS (2015/0165433-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

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 : WILLIAN PANIAGO NERY DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. OCORRÊNCIA. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (35 KG DE MACONHA). POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que configura *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na 1ª e na 3ª fases da dosimetria da pena.

3. Legalidade do regime inicial fechado fixado na origem, considerando o *quantum* da pena aplicada (7 anos de reclusão) e a quantidade da droga encontrada em poder do paciente (35Kg de maconha), nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que a autoridade competente proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

Inicialmente, no tocante à alegação da impetrante de que a natureza e quantidade de droga teriam sido consideradas tanto para exasperar a pena-base, quanto para determinar a fração de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, assiste-lhe razão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consoante se extrai do seguinte trecho do acórdão (e-STJ, fls. 291 e 295-296):

- Do prescrito no art. 42 da Lei 11.343/2006:

A quantidade de droga apreendida mostra-se expressiva (mais de 35 kg de maconha), portanto, pode (e deve) ser tomada como parâmetro para definir o "quantum" da pena-base, como de fato foi feito na sentença, isso porque o artigo 42 da Lei de Tóxicos determina que a quantidade e natureza da droga devem preponderar sobre as circunstâncias judiciais, quando da fixação da pena-base.

Dessa forma, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, devendo preponderar a quantidade e natureza da substância entorpecente, assim, plenamente justificado o aumento da pena-base em razão da quantidade da substância apreendida.

(...)

6. Da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O sentenciante deixou de aplicar as benesses do tráfico privilegiado apontando que esta demonstrada sua "dedicação a atividade criminosa" (fl. 173).

(...)

Não há prova segura de que o Apelante integre organização criminosa ou se dedique à atividade criminosa, nem indicativo de habitualidade na conduta do Apelante. Não havendo provas da vinculação de Willian ao crime organizado e diante da quantidade de droga apreendida (35 kg), não se pode concluir por uma conduta habitual em conluio com terceiro ou integrando esquema de narcotráfico, por isso a redução da pena deve ser aplicada.

Relativamente ao "quantum" de diminuição de pena, cabe assinalar que as circunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis, porém também não plenamente desfavoráveis. Considerando isso, e à luz do art. 42 da Lei 11.343/06 (natureza da droga (maconha) e quantidade apreendida (35kg)), não se autoriza aplicação da redutor em seu grau máximo, sendo razoável a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar de 1/6 (um sexto). [grifos no original]

Ocorre que esta Corte Superior, em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou o entendimento de que tais circunstâncias não podem ser utilizadas, concomitantemente, em ambas as fases, sob pena de *bis in idem*.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministro 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.)

"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 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.)

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o Tribunal de origem assim fundamentou (e-STJ, fls. 296-297) :

8. Do regime prisional e da substituição da pena.

No que tange ao regime inicial para cumprimento de reprimenda, saliento que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (HC 11184), sustentando que tal dispositivo legal seria incompatível com princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). Logo, afastou-se a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime fechado para o condenado por tráfico de drogas, atribuindo ao Julgador a atividade de individualizar a reprimenda, de acordo com as peculiaridades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do caso concreto.

(...)

Cabe lembrar que a natureza e a quantidade da droga apreendida têm especial relevância no crime de tráfico e, no caso em tela, o Apelante foi flagrado guardando mais de 35 Kg (trinta e cinco) de "maconha", quantidade de substância entorpecente que justifica regime prisional mais severo.

Assim, mantenho o regime fechado para início da execução da pena, por assim recomendar a situação concreta dos autos, haja vista o disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006 (grifo no original).

Nesse ponto, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado.

No caso, a Corte estadual, considerando o *quantum* da pena aplicada, manteve o modo inicial fechado em razão da quantidade da droga encontrada em poder do paciente (35Kg de maconha), circunstância que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

[...]

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

[...]

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes."

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para determinar que a autoridade competente proceda à nova dosimetria da pena, afastando o *bis in idem* ora identificado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0165433-4

HC 329.744 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00058142920138120001 00622200720128120001 58142920138120001
622200720128120001 6752012

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES 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	: WILLIAN PANIAGO NERY DE OLIVEIRA
CORRÉU	: BRUNO LIMA FERNANDES

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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