



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.000 - MS (2016/0218994-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : PATRICIA ROJAS AREVALOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA PENA ALIADA A OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. Na espécie, a autoridade registrou que o reconhecimento por parte da sentenciada - cidadã paraguaia - quanto ao fato de ter sido recrutada por traficantes da região de fronteira, aliado às demais circunstâncias em que se deu o flagrante, demonstrariam que a paciente se dedicava a atividades criminosas, fundamento que se revela idôneo para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Precedentes.

3. Mantida a reprimenda em 5 (cinco) anos de reclusão, é inviável a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, bem como o estabelecimento de regime diverso do semiaberto para o resgate inicial, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto nos artigos 44 e 33, § 2º, ambos do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.000 - MS (2016/0218994-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : PATRICIA ROJAS AREVALOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de PATRICIA ROJAS AREVALOS contra acórdão proferido pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que negou provimento aos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001395-72.2014.8.12.0019/50000, mantendo a condenação a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não podendo a quantidade de estupefaciente obstaculizar a concessão da benesse.

Defende que as instâncias de origem teriam incorrido no vedado *bis in idem* ao exasperar a pena-base e negar o referido redutor com fundamento no volume do entorpecente apreendido.

Alega que, redimensionada a reprimenda, seria devido o abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, alterado o modo prisional e substituída a pena privativa pela restritiva.

A liminar foi indeferida.

Informações Prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção do processo sem resolução do mérito, mas com a concessão parcial da ordem, de ofício, tão somente para que o Tribunal de Origem proceda à nova dosagem da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.000 - MS (2016/0218994-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, Lei n. 11.343/06, porque:

"(...) a denunciada PATRÍCIA ROJAS AREVALOS foi surpreendida trazendo consigo/transportando, em ônibus da empresa "Expresso Queiroz", 10,500 kg (dez quilos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quinhentos gramas) da droga conhecida popularmente como "maconha", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme restou apurado, na data dos fatos, Policiais Rodoviários Federais realizavam fiscalização de rotina na rodovia BR 463, ocasião em que deram ordem de parada ao ônibus da empresa "Expresso Queiroz", itinerário Ponta Porã/Campo Grande e passaram a vistoriar as bagagens, sendo que, durante a checagem do bagageiro externo, lograram localizar dentro de uma das malas 10,500 kg (dez quilos e quinhentos gramas) da droga conhecida popularmente como "maconha", acondicionados em diversos tabletes.

Pelo ticket nº 326919, constante na mala, e também no controle de bagagem do motorista, os policiais chegaram à passageira e ora denunciada PATRÍCIA ROJAS AREVALOS, que ao ser entrevistada, admitiu ser a proprietária da mala, informando que adquiriu a droga no terminal rodoviário de Ponta Porã, de uma pessoa desconhecida e levaria a mala até Campo Grande/MS. (e-STJ fls. 9/10)

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recursos de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento ao recurso ministerial e ao apelo defensivo, mantendo a reprimenda inalterada, decisão que foi confirmada em embargos infringentes e de nulidade opostos.

Busca-se neste *writ* o afastamento do alegado *bis in idem*, pois, segundo defende o impetrante, a quantidade da droga apreendida (**10,500 Kg de maconha**) teria sido utilizada em momentos distintos da dosimetria, em descompasso com o entendimento firmado no âmbito deste Tribunal e da Suprema Corte.

Quanto ao ponto, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA TANTO NA PRIMEIRA QUANTO NA TERCEIRA FASE. ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM CONFIGURADO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. Configura bis in idem a utilização da circunstância atinente à quantidade da droga tanto para fins de fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto para definição da fração relativa à causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. 2. Concessão parcial da ordem de habeas corpus para que a dosimetria da pena seja refeita em obediência aos parâmetros legais.

(HC 101051, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 15-10-2015 PUBLIC 16-10-2015)

No caso dos autos, como visto, a quantidade dos entorpecentes foi considerada no cálculo da pena-base, tendo a Corte Estadual afastado a possibilidade de incidência da benesse em questão tendo em vista que *"a quantidade de droga, aliada a outros elementos de convencimento, é razão para não incidência da diminuta. Inexiste bis in idem ou violação do princípio da presunção de inocência nesta situação, porquanto tal raciocínio implicaria num engessamento da decisão judicial, em que após analisar toda a prova da ação penal o magistrado deve fundamentar a dosimetria de pena sem mencionar tais elementos"*. (e-STJ fl. 346)

Assim, embora a autoridade apontada como coatora tenha feito referência à quantidade de entorpecente para negar a incidência do redutor em comento, o que não seria admissível, nos termos do entendimento do Pretório Excelso, o certo é que apontou outros elementos de prova constantes dos autos, como o reconhecimento por parte da sentenciada - cidadã paraguaia - quanto ao fato de ter sido recrutada por traficantes da região de fronteira e o flagrante na posse de considerável volume de droga, que demonstrariam que se dedicava a atividades criminosas (e-STJ fls. 343/346), fundamento que se revela idôneo para afastar a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Nessa esteira, confirmam-se os seguintes julgados:

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. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. (...) HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (109 porções de cocaína e 106 porções de crack) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.176/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada por entender o Magistrado sentenciante, com base em outros elementos constantes dos autos, diversos da quantidade da droga, que o acusado se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, afigura-se inviável, pela estreita via do habeas corpus, adotar conclusão diversa daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a reincursão nos fatos e provas dos autos na espécie processual eleita. Precedentes. Inexiste bis in idem, pois inaplicável ao caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 666334 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 6.5.2014

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

(HC 325.122/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INOCORRÊNCIA. PRÁTICA DE ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

(...)

4. Hipótese em que o Tribunal de origem justificou o quantum de exasperação da pena-base, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (30 buchas de maconha, 2,286kg de pasta base para cocaína, 599g de maconha, 18g de farelo de crack e maconha, 28g de crack). Descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, porque a fixação da fração fundou-se em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

5. Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas, isso não significa que tenha havido bis in idem na dosimetria penal, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. No caso, o Tribunal a quo afastou a incidência da minorante por entender que a paciente se dedicava à atividade criminosa, diante da quantidade de drogas apreendidas e da confissão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que realizava a traficância há 1 ano.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 344.032/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 15/03/2016)

Assim, com a manutenção da reprimenda imposta à paciente - 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa - é inviável a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, bem como o estabelecimento de regime diverso do semiaberto para o resgate inicial, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto nos artigos 44 e 33, § 2º, ambos do Código Penal.

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0218994-1

HC 368.000 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013957220148120019 00061524920138120019 13957220148120019
14035156320148120000 61524920138120019

EM MESA

JULGADO: 22/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. 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 : PATRICIA ROJAS AREVALOS

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."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.