

HABEAS CORPUS Nº 308.682 - MS (2014/0293393-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SÉRGIO DA SILVA CORREIA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA. AFASTAMENTO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO. FIXAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza *bis in idem* a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria do delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, DJe de 6/5/2014).

3. Caso em que a expressiva quantidade de droga encontrada (120kg de maconha) demonstra a dedicação do paciente às atividades criminosas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de *bis in idem*. Precedentes do STF.

4. A manutenção do regime prisional mais gravoso para cumprimento inicial da reprimenda se justifica em razão da quantidade da substância apreendida (120kg de maconha), a evidenciar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, *ex vi* do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

5. *Writ* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de setembro de 2015 (Data do julgamento).



MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

HABEAS CORPUS Nº 308.682 - MS (2014/0293393-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de SÉRGIO DA SILVA CORREIA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso na infração definida no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo-lhe sido imposta pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa.

Pugna, em síntese, pela incidência da causa de redução prevista no § 4º do art. 33 daquele diploma, no seu grau máximo, bem como pela fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, tendo em conta que a Corte de origem louvou-se na quantidade da droga apreendida para a exasperação da pena-base, evidenciando verdadeiro *bis in idem*, na linha da jurisprudência do STF.

Indeferida a liminar (fls. 476/477).

Prestadas as informações (fls. 92/123).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 485/488).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 308.682 - MS (2014/0293393-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza *bis in idem* a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

Assim também vem se posicionando esta Corte Superior: AgRg no REsp 1349247/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 17/9/2014, e HC 72.879/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 4/8/2014.

No caso dos autos, o sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal (7 anos), fundado na valoração negativa das circunstâncias judiciais, notadamente na culpabilidade do réu, bem como na "nocividade e a extraordinária quantidade da droga" apreendida, ao passo que afastou a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 "ante a expressiva quantidade da droga apreendida", que indicava envolvimento do paciente com o crime organizado. Em face da presença da atenuante da confissão, fixou a pena definitiva em 6 anos e 6 meses (fls. 266/268).

A Corte *a quo*, por sua vez, redimensionou a sanção-base para 6 anos depois de afastar a valoração negativa da culpabilidade e manter a reprovação pela quantidade de substância entorpecente (fl. 439). Em seguida, conservou o afastamento da incidência da causa de diminuição, pois a quantidade de droga evidenciava "a existência de sociedade criminosa ou dedicação habitual ao crime" (fl. 442), fixando a sanção definitiva em 5 anos e 6 meses, além de 550 dias-multa.

Como se observa, o afastamento da aplicação do redutor decorreu da dedicação do paciente às atividades criminosas, demonstrada pela expressiva quantidade de droga encontrada em seu poder (120kg de maconha), constatação que não implica a ocorrência de *bis in idem*.

Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE

DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial e a ela pertine a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sujeita ao exame das condições individuais do agente e da conduta em concreto praticada. Conforme exclusão nele expressa, incabível sua aplicação quando o agente for reincidente, ostente maus antecedentes, se dedique a atividades criminosas ou integre grupo destinado a esse fim. 3. **A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.** 4. **Inocorrência de *bis in idem*.** 5. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito. (HC 122594, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 07-10-2014) (grifos acrescidos).

Habeas corpus. 2. Tráfico internacional de entorpecentes. Condenação. 3. Alegação de que a natureza e a quantidade de droga apreendida foram consideradas para aumentar a pena-base, aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e fixar o regime inicial fechado. Suposta ofensa ao *non bis in idem*. Inocorrência. 4. **O redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sequer foi concedido em razão do sentenciado não preencher os requisitos legais (integrava organização criminosa).** 5. A jurisprudência do STF é no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta apenas de seu quantum, mas também das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 6. A fixação do regime prisional mais gravoso foi realizada de forma devidamente fundamentada, sendo certo que a quantidade e natureza da droga não foram os únicos motivos para o agravamento do regime, haja vista a existência de outras circunstâncias desfavoráveis. 7. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (HC 120576, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014, DJe 16-05-2014) (grifos acrescidos).

Por fim, assinalo que a manutenção do regime prisional mais gravoso para cumprimento inicial da reprimenda se justifica em razão da quantidade da substância apreendida, a evidenciar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, *ex vi* do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2014/0293393-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308.682 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011524720128120004 00019812820128120004 11524720128120004
19812820128120004

EM MESA

JULGADO: 08/09/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

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 : SÉRGIO DA SILVA CORREIA
CORRÉU : AKSON HARLEY PEIXOTO DA SILVA
CORRÉU : EDESIO AKSON HARLEY PEIXOTO DA SILVA
CORRÉU : KEMPES MONTEIRO DUARTE

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

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, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.