

**HABEAS CORPUS 125.186 SÃO PAULO**

**RELATORA** : MIN. ROSA WEBER  
**PACTE.(S)** : FERNANDO FABRIZIO MORALES ARIAS  
**IMPTE.(S)** : JONAS GONÇALVES VIANA  
**COATOR(A/S)(ES)** : RELATOR DO HC Nº 266.503 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jonas Gonçalves Viana em favor de Fernando Fabrizio Morales Arias, contra decisão monocrática da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o HC 266.503/SP.

O Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal da Comarca de Barra Funda/SP condenou o paciente à pena de 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006.

Inconformada com a aplicação da pena, a Defesa impetrou *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

A questão foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça, que, via decisão monocrática da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, indeferiu liminarmente o HC 266.503/SP.

Nesse *writ*, reputa a Impetrante inidônea a exasperação da pena-base. Para tanto, sustenta a ocorrência de *bis in idem* decorrente da valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em momentos distintos da dosimetria da pena. Aduz a possibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo. Requer, em medida liminar e no mérito, a reavaliação da dosimetria da pena com repercussão no regime inicial de cumprimento da pena.

Em 25.11.2014, indeferi o pedido de liminar.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pelo não conhecimento do *mandamus*, e, sucessivamente, pela concessão parcial '*para que o juízo das execuções refaça a dosimetria da pena considerando*

HC 125186 / SP

*a natureza e a quantidade da droga apreendida como circunstância desfavorável ao paciente em apenas uma das fases, fixando o regime prisional adequado, nos moldes do art. 33 do Código Penal’.*

**É o relatório.**

**Decido.**

O presente *habeas corpus* foi impetrado contra decisão monocrática da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o HC 266.503/SP, aos seguintes fundamentos:

*“(…).*

*No caso em análise, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.*

*Quanto à alegada inadequação da análise das circunstâncias judiciais, verifica-se que o Juiz sentenciante, quando da primeira etapa da dosimetria, salientou que as circunstâncias objetivas revelam dolo muito acima do mínimo exigido pelo tipo penal, já que a própria quantidade, espécies e a variedade de entorpecentes apreendidos demonstra que o réu estava envolvido em um esquema de movimentação de grandes quantidades de tóxicos, visando à clientela de alto poder aquisitivo, tendo salientado que o próprio artigo 42 da Lei 11.343/06 determina a preponderância da quantidade e natureza do entorpecente para fins de estipulação da pena-base (fls. 9/10).*

*A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a pena-base irrogada ao paciente, por entender que as reprimendas estabeleceram-se a partir de rigorosa observância do sistema trifásico e demais previsões pertinentes desse caso específico, notadamente o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06 (fl. 15).*

*Tais circunstâncias, em princípio, não evidenciam nenhuma ilegalidade manifesta de que estaria sendo vítima o paciente, tendo em vista que ele foi surpreendido quando guardava **2.679,0 gramas de haxixe, 7.952,0 gramas de cocaína, 985,5 gramas de ecstasy, 7,9 gramas de LSD e 139,3 gramas de maconha** (fl. 6), de maneira que se verifica que as instâncias ordinárias, quando da elevação da pena-base a ele imposta, atuaram em consonância com o disposto no art. 42*

HC 125186 / SP

da Lei n. 11.343/2006, considerando, com *preponderância* sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, conforme a seguir descrito:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No que tange à pretendida imposição de regime inicial menos severo de cumprimento de pena, verifica-se que essa matéria não foi analisada pela Corte estadual – não tendo sido suscitada, aliás, nem quando dos embargos de declaração opostos contra o acórdão da apelação (fls. 17/20) –, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, verifica-se a impossibilidade de fixar-se ao paciente regime inicial menos severo, não só em razão da **gravidade concreta** do delito cometido, bem evidenciada pela quantidade e pela natureza das drogas apreendidas, mas também em decorrência do quantum da reprimenda definitivamente imposta ao acusado (superior a 8 anos de reclusão), circunstâncias que evidenciam que o regime inicial fechado é realmente o que se mostra o mais adequado para a prevenção e repressão do delito cometido, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

Por todas essas razões, não verifico ilegalidade patente que venha a autorizar o processamento excepcional do presente writ.

Ante o exposto, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e no art. 210 do RISTJ, **indefiro liminarmente** a petição inicial".

Registro a existência de óbice ao conhecimento do presente *habeas corpus*, uma vez não esgotada a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça. O ato impugnado é mera decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado. Caberia à Defesa, pretendendo a reforma da decisão monocrática, o manejo de agravo regimental para que a questão fosse apreciada pelo órgão colegiado. Não o tendo feito, resulta inadmissível o presente writ. Nesse sentido, colho precedentes: HC 95.978-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 28.5.2010; e HC

HC 125186 / SP

116.567/MG, Relator para acórdão Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 03.02.2014.

Contudo, ao exame do mérito da controvérsia, vislumbro a ocorrência de constrangimento ilegal hábil à concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

O paciente foi condenado à pena de 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006, por ter sido surpreendido na posse de 2.679g (dois mil, seiscentos e setenta e nove gramas) de haxixe, 7.952g (sete mil, novecentos e cinquenta e dois gramas) de cocaína, 985,5g (novecentos e oitenta e cinco gramas e cinco decigramas) de ecstasy, 7,9g (sete gramas e nove decigramas) de LSD e 139,3g (cento e trinta e nove gramas e três decigramas) de maconha.

Na dosimetria da pena, o Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal da Comarca de Barra Funda/SP fixou a pena-base, cinco anos acima do mínimo legal - 10 (dez) anos de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, o magistrado sentenciante manteve a reprimenda dada a inexistência de atenuantes ou agravantes genéricas. Na última fase, aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no patamar de 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Confira-se:

*“As circunstâncias judiciais objetivas revelam dolo muito acima do mínimo exigido pelo tipo penal, já que a própria quantidade, espécies e a variedade de entorpecentes apreendidos demonstra que o réu estava envolvido em um esquema de movimentação de grandes quantidades de tóxicos, visando a clientela de alto poder aquisitivo. É preciso intensa desfaçatez para guardar dezenas de milhares de porções individuais de entorpecentes de alto valor de mercado, sem olvidar que o próprio artigo 42, da Lei 11.343/2006 determina a preponderância da quantidade e natureza do entorpecente para fins de estipulação da pena-base. Fixo ao réu, assim, pena-base de DEZ ANOS DE RECLUSÃO E MIL DIAS MULTA.*

*Na segunda fase, as penas não se alteram, posto que não há*

HC 125186 / SP

*agravantes nem atenuantes a considerar.*

*Por fim, é de rigor ter-se como presentes os requisitos exigidos pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mas, atento às mesmas diretrizes do já citado artigo 42, da mesma Lei, e ao grau de dolo demonstrado nos autos, reduzo as penas de fração mínima, de um sexto, resultando em oito anos e quatro meses de reclusão, mais oitocentos e trinta e três dias-multa”.*

O magistrado de primeiro grau, na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei 11.343/06 c/c o art. 59 do Código Penal, apontou vetores para fixar a pena-base acima do mínimo legal, quais sejam, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

Por outro lado, no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o édito condenatório sopesou as mesmas diretrizes do art. 42 da Lei 11.343/2006 utilizadas na exasperação da pena-base para aplicar a minorante no patamar de 1/6 (um sexto), a evidenciar dupla ponderação acerca da quantidade e da qualidade da droga apreendida, o que implica indevido *bis in idem* no cálculo da pena.

O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em sessão de julgamento realizada em 19.12.2013, nos autos do HC 112.776/MS, entendeu caracterizado *bis in idem* na valoração pelo julgador, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria da pena, da natureza e da quantidade de drogas apreendidas com o apenado. Deliberou o Pleno, na oportunidade, por maioria - vencida, dentre outros, esta Relatora -, em atenção à discricionariedade do juiz na dosimetria e ao princípio da individualização das penas, pela possibilidade de considerar tais circunstâncias em um único momento do cálculo, à escolha do julgador.

Em 04.4.2014, a matéria foi objeto de nova apreciação por esta Suprema Corte em sede de Repercussão Geral no ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual, tendo sido reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da

**HC 125186 / SP**

dosimetria da pena.

Conforme destacado, a dosimetria da pena foi realizada em sentido diverso ao entendimento sufragado por este STF, pela dupla ponderação da natureza e da quantidade da droga encontrada em poder do paciente, a delinear *bis in idem* no cálculo da pena, segundo a compreensão majoritária desta Suprema Corte nos julgamentos referidos, e ressalvado o meu entendimento pessoal, em sentido contrário.

Portanto, imperiosa a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria, com observância da jurisprudência dessa Corte.

Ressalto, ainda, que, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, em sessão realizada em 27.6.2012, esta Corte declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados.

O julgado não reconheceu direito automático a esse benefício. A questão há de ser apreciada pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais. Para tanto, devem ser consideradas todas as circunstâncias do caso e do apenado, observando os parâmetros do art. 33 do Código Penal.

Ante o exposto, forte nos arts. 21, § 1º, e 192 do RISTF, **julgo extinto o presente *habeas corpus* sem resolução de mérito, mas concedo de ofício a ordem** para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade e à natureza da droga apreendida, e aprecie a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, se o caso.

Comunique-se ao Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal da Comarca de Barra Funda/SP.

Publique-se.

Brasília, 09 de outubro de 2015.

**HC 125186 / SP**

Ministra Rosa Weber  
Relatora