



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 285.136 - SP (2013/0414486-4)

**RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : ADRIANO RODRIGUES FIM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO RODRIGUES FIM
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. QUESTÃO PROBATÓRIA QUE DESBORDA DOS LIMITES DO MANDAMUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E DA QUALIDADE DA DROGA PARA AUMENTAR A PENA BASE E PARA DIMINUIR A SANÇÃO, NA FRAÇÃO MÍNIMA, COM FUNDAMENTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DO TRÁFICO. *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. - O *habeas corpus* não é o meio idôneo para se pesquisar sobre a existência de prova da autoria ou da materialidade do delito. Na hipótese, a sentença e o acórdão foram coesos ao afirmar que *a prova testemunhal coligida, aliada aos demais elementos de convicção, permitem a segura conclusão quanto à conduta do acusado de, em concurso de agentes, transportar entorpecentes* (fls. e-STJ 124). Nesse contexto, inviável qualquer conclusão em sentido contrário na via estreita do *mandamus*.

3. - Esta Corte Superior de Justiça, secundando entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento de que *a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria da pena e também para afastar o benefício do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 ou escolher a menor fração de diminuição de pena admissível*, ao argumento de que tal proceder caracteriza inadmissível *bis in idem* - dupla consideração do mesmo fato (qualidade e quantidade da droga) para fins de apenação.

4. - Na hipótese, constata-se que o Tribunal estadual utilizou-se do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo fundamento - quantidade e qualidade da droga - para manter a pena-base acima do mínimo legal e reduzir a sanção na fração mínima e tal proceder, segundo a novel jurisprudência, por traduzir inegável *bis in idem*, é passível de correção, por meio de *habeas corpus*, a ser concedido de ofício.

5. - *Habeas corpus não conhecido*. Ordem concedida, de ofício, para determinar que Tribunal *a quo* proceda a nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em uma das etapas do cálculo da pena.

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 285.136 - SP (2013/0414486-4)

**RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

IMPETRANTE : ADRIANO RODRIGUES FIM

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ADRIANO RODRIGUES FIM

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em causa própria por ADRIANO RODRIGUES FIM, no qual apontou-se, como autoridade coatora, a 16ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, por unanimidade de voto, negou provimento ao recurso do Ministério Público e, por maioria, deu parcial provimento ao recurso defensivo, mantendo a condenação do paciente pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei 11.343/06).

O acórdão restou encapsulado na seguinte ementa (fls. e-STJ 115):

TÓXICO Crime de tráfico Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito Depoimentos de agentes policiais Validade e suficiência desde que inexistente contradição ou confronto com as demais provas Análise que se faz em cada caso concreto - Ausência de dúvida que justifica o édito condenatório. Dosimetria da pena. Fixação da pena-base no máximo previsto em lei. Réu primário. Elevada quantidade de droga que justifica o aumento da pena-base, mas não sua fixação no máximo legal. Redução da reprimenda Acusado que preenche todos os requisitos à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Fixação na fração mínima. Ausência de “bis in idem”. Precedentes do STJ Regime prisional que decorre de expressa previsão legal. Pena de perdimento. Ausência de prova nos autos da efetiva utilização do bem para a prática da traficância. TÓXICO. Crime de associação para o tráfico. Quadro probatório frágil. Insuficiência de provas no tocante à associação estável e duradoura para a prática da traficância. Crime autônomo que demanda prova do elo perene e estruturado entre os agentes. Absolvição mantida. Recurso da defesa parcialmente provido e improvido o do Ministério Público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(voto nº 19124).

O impetrante/paciente fez considerações sobre sua participação no delito, afirmando não ser o possuidor da droga. Alegou ausência de fundamentação da sentença e do acórdão no tocante à fixação da pena-base muito acima do mínimo legal, argumentando ser primário e dotado de bons antecedentes criminais. Sustentou que a motivação calcada na quantidade da droga é insuficiente tanto para estabelecer a pena-base perto do máximo, como feito no caso concreto, em que a sanção inicial foi fixada em 12 anos de reclusão, como para reduzir, no mínimo, a reprimenda, por força da incidência do § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.

Requeru a anulação *da sentença* para que outra fosse proferida, com a fixação da pena no mínimo legal e a aplicação do redutor na fração de 2/3.

Solicitadas informações (fls. e-STJ 27), estas foram encaminhadas por meio do ofício de fls. e-STJ 63/163.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 285.136 - SP (2013/0414486-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

Observa-se, inicialmente, que o presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição ao recurso próprio, previsto na legislação processual.

Sobre este aspecto, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração em substituição ao recurso próprio – seja apelação, agravo em execução, recurso especial ou mesmo revisão criminal –, salvo nos casos de flagrante ilegalidade que exija a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

EMENTA HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. 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 do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

[...]. (STF, HC nº 113890, Relatora Ministra. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, Publicado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28/02/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...](STJ, HC 258.815/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. DESOBEDIÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEVIDENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não deve ser utilizado em substituição a recursos processuais penais. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

[...]. (STJ, HC nº 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Contudo, a despeito de o impetrante não ter escolhido a via processual adequada, para evitar eventuais prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, passo à análise das questões formuladas na inicial e à verificação de eventual constrangimento ilegal que enseje a concessão da ordem de ofício.

Destaco que o *habeas corpus* não é o meio idôneo para se pesquisar sobre a existência de prova da autoria ou da materialidade do delito. Na hipótese, a sentença e o acórdão foram coesos ao afirmar que *a prova testemunhal coligida, aliada aos demais elementos de convicção, permitem a segura conclusão quanto à conduta do acusado de, em concurso de agentes, transportar entorpecentes* (fls. e-STJ 124). Nesse contexto, inviável qualquer conclusão em sentido contrário na via estreita do *mandamus*. A propósito, confira-se o seguinte julgado desta Corte:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ARTS. 159, § 1º, e 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. 3. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA MOTIVADAMENTE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...).

2. No caso, o pleito de absolvição do paciente da condenação pelos crimes de extorsão mediante sequestro e quadrilha armada não pode ser analisado por esta Corte, em habeas corpus, por demandar, necessariamente, revolvimento do conjunto fático-probatório. Além disso, o Tribunal de origem, soberano na análise da prova, enfrentou detidamente a questão, fundamentando exaustivamente as razões de convencimento que o levaram a concluir pela condenação do paciente, quando do julgamento do apelo defensivo, inexistindo, portanto, flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade a ser sanável na via do habeas corpus. Precedentes. (...).

4. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 265.078/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 5ª Turma, DJe 27/02/2014)

Verifica-se que, na hipótese, o impetrante/paciente foi processado e condenado porque, segundo a denúncia, no dia 13.4.2011, na Rodovia Anhanguera, na cidade de Cravinhos/SP, agindo em concurso com outros dois indivíduos não identificados, transportava e trazia consigo, para entrega e consumo de terceiros, 296,99 kg de cocaína, em forma de pasta (fls. e-STJ 117).

O Juízo de Direito da 2a. Vara de Cravinhos/SP condenou-o à pena de 15 anos de reclusão e 1500 dias-multa, no valor unitário correspondente a meio salário mínimo, em regime inicial fechado. Afastou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, diante da expressiva quantidade da droga a indicar vínculo, *ainda que eventual*, com atividades criminosas (fls. e-STJ 58).

O Tribunal estadual acolheu parcialmente o recurso defensivo, reduzindo a pena-base para 12 anos de reclusão, fazendo, incidir, também, a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. No ponto, consignou o voto condutor do acórdão impugnado:

Todavia, quanto ao crime de tráfico, pequeno reparo comporta a r. sentença no tocante à dosimetria da pena.

O art. 42 da Lei de Drogas estabelece que “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

No caso dos autos, a pena-base foi fixada no máximo legal em razão da quantidade de tóxico (quase 297 Kg de cocaína). Todavia, tem-se que essa pena mostra-se exacerbada, considerando que as demais circunstâncias judiciais do acusado são favoráveis.

A natureza da substância não é a mais perniciosa (o “crack”, por exemplo, é mais nocivo que a cocaína). Além disso, o réu é primário. Sua personalidade e conduta social não lhe são desfavoráveis. Sendo assim, com base apenas na quantidade de entorpecente, não se justifica a fixação da pena-base no máximo legal, respeitados doutos entendimentos em sentido diverso, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria possível caso as outras circunstâncias judiciais também fossem desfavoráveis ao acusado, o que não é o caso.

Todavia, pela elevada quantidade de droga, também não se autoriza a fixação da pena no mínimo legal, devendo a reprimenda ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. E, no caso do delito de tráfico, a quantidade de entorpecente é fator preponderante para a fixação da reprimenda.

Portanto, considerando tão somente a expressiva quantidade e a natureza da substância, cabível a fixação da pena-base em 12 anos de reclusão, além do pagamento de 1.200 dias-multa.

Na segunda etapa, não se verificam circunstâncias agravantes ou atenuantes, razão pela qual fica mantida a reprimenda estabelecida na primeira fase.

Por fim, cabe analisar a questão da incidência, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O ônus da prova com relação às condições negativas previstas na lei é do órgão do Ministério Público. Nesse sentido ensina Vicente Greco Filho, ao sustentar que a prova positiva é do órgão acusador, devendo ele demonstrar a reincidência, os maus antecedentes, a participação em atividades criminosas ou organização criminosa. Leciona o eminente jurista que “não importa que a prova seja difícil para o Ministério Público. Mais difícil seria a condenação a não ser que haja prova, ou receber, sem prova, uma pena maior quando a lei permite uma pena mais branda”

Obstar a aplicação do redutor trazido pela nova Lei de Tóxicos é tornar letra morta a previsão legislativa que buscou estabelecer penalização diversa para as várias situações dos agentes presos ou envolvidos nos crimes de tráfico, afastando assim a indevida comparação entre aqueles que se dedicam ao tráfico e pessoas outras, que por motivos diversos se viram envolvidos nesse comércio ilícito ou que nele estavam iniciando. Trata-se de penalização de forma diferenciada, observada a necessária e exigida individualização da reprimenda.

A quantidade de entorpecente, por si, não obsta a incidência da causa de diminuição. As regras norteadoras previstas no art. 42 da Lei de Drogas destinam-se a estabelecer parâmetros para a fixação das penas, como expressamente indicado no referido artigo, e não se confundem com os requisitos exigíveis à aplicação do redutor (art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06).

Anote-se, ainda, que a causa de redução trazida pela nova lei se coloca como direito do réu e não faculdade do julgador, se presentes estão os requisitos exigidos pela norma penal. E prevendo a lei um limite mínimo (1/6) e um limite máximo (2/3) para redução da reprimenda, somente a justificação de forma concreta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segura e pontual autoriza a redução diferenciada, o que deve ficar demonstrado nos autos e explicitada pela r. sentença.

No caso dos autos, considerando a grande quantidade de droga, cabível a aplicação do redutor na fração mínima (1/6), em observância às regras norteadoras previstas no art. 42 da Lei de Tóxicos, que, repita-se, destinam-se a estabelecer parâmetros para a fixação das reprimendas, como expressamente indicado no referido artigo, e não se confundem com os requisitos exigíveis à aplicação do benefício.

Anote-se que o fato da quantidade de entorpecente já ter sido considerada para agravar a pena-base não impede que influencie na fração de redução da reprimenda na terceira etapa, por força do art. 33, § 4º, consoante jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça.

(...).

Assim, sobre a reprimenda fixada (12 anos de reclusão e pagamento de 1.200 dias- multa) deve incidir a causa de diminuição pelo mínimo previsto em lei (1/6), o que resulta no montante final de condenação de 10 anos de reclusão e multa correspondente a 1.000 dias- multa.

Inviável a substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas, tendo em vista o montante da pena privativa de liberdade aplicada, superior a quatro anos (art. 44, I, CP).

O regime inicial fechado, dado o montante da sanção corporal, fica mantido como necessário ao início do cumprimento da reprimenda, não comportando a r. sentença, também sob esse aspecto, qualquer alteração. (fls. e-STJ 128/135)

Esta Corte Superior de Justiça, secundando entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento, em ambas as Turmas que compõem a 3a. Seção deste STJ, de que *a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria da pena e também para afastar o benefício do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 ou escolher a menor fração de diminuição de pena admissível*, ao argumento de que tal proceder caracteriza inadmissível *bis in idem* - dupla consideração do mesmo fato (qualidade e quantidade da droga) para fins de apenação.

Confira-se, a propósito, a jurisprudência do STF sobre o tema:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1.- Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão ad quem, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo quanto a tal recurso de fundamentação vinculada. Salvo hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inadmissível o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. - A especial valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis justificam a exasperação da pena-base (art. 42 da Lei 11.343/2006).

3. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado bis in idem na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do bis in idem.

4. - A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal. 5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício da ordem para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida, e aprecie a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, se o caso. (HC 122.344/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, DJ 6.10.2014).

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO APÓS PRAZO RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA: FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO. BIS IN IDEM. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE REEXAME.

1. - *Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal, habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.*

2. - *A natureza e a quantidade dos entorpecentes foram utilizadas na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na terceira fase, para a definição do patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em um sexto. Bis in idem. Patamar de dois terços a ser observado.* 3. - *O Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena, em caso de tráfico de entorpecente. Precedentes.*

4. *Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao juízo da execução penal competente na origem rever a pena imposta ao Recorrente, com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de dois terços, e, considerada a nova pena a ser imposta, reexamine os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para a fixação do regime prisional, afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. (RHC 122.684, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, 2ª Turma, DJe 29.9.2014).*

Deste STJ podem ser citados, dentre outros, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. VETORES UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE E REGIME INICIAL PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

1. *É pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que, no momento da fixação da reprimenda, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do previsto no art. 42 da Lei n.*

11.343/2006.

2. *Logo, considerando-se a apreensão, na espécie, de 1,725kg de cocaína, evidencia-se justificada a elevação da pena-base, assim como a determinação do regime inicial fechado.*

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ESCOLHA DE FRAÇÃO DE REDUÇÃO AQUÉM DA MÁXIMA SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS JÁ CONSIDERADOS NA DETERMINAÇÃO DA PENA-BASE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. No que toca ao quantum de redução a ser aplicado por força da incidência da causa de diminuição do tráfico prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, verifica-se que o Tribunal a quo alterou a fração fixada na sentença condenatória sem, todavia, declinar fundamentação suficiente, vinculada ao caso concreto.

2. No ponto, vale registrar que esta Corte Superior passou a se alinhar ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a utilização da quantidade e do tipo da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do mencionado redutor caracteriza bis in idem.

(...).

2. Agravo regimental a que se dá provimento em parte, apenas para restabelecer a fração de redução adotada na sentença de piso, redimensionando a pena aplicada ao agravante. (AgRg no REsp. 136.9011/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 17.9.2014)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PARÂMETRO PARA ESCOLHA DO PATAMAR. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. BIS IN IDEM. NECESSIDADE DE ACOMPANHAR O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STF. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Deve ser reconhecido o bis in idem quando se utiliza a quantidade e qualidade da droga como fundamento para a fixação da pena-base e para a escolha do patamar referente à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Diante da posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, não há motivo para insistir na manutenção de tese contrária.

3. Impõe-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, à vista do novo entendimento adotado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, afaste o apontado bis in idem e proceda à readequação da pena.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. 1.297.989/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 13/10/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012, RHC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014, HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014, HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso dos autos o v. acórdão impugnado diverge do atual entendimento jurisprudencial do eg. STF que é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas "na primeira ou na terceira fase dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem" (RHC n. 117.990/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 5/6/2014, v.g.).

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 278.325/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, 5a. Turma, DJe 30/09/2014)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FATOS VALORADOS EM DIFERENTES MOMENTOS DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DIFERENCIADOR DO TRÁFICO E CONSUMO DE DROGAS. ELEMENTO PROBATÓRIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não configura bis in idem a valoração na pena-base da natureza da droga (cocaína) e, na dosimetria da minorante, da quantidade da droga.

3. Indicação da natureza ou quantidade da droga como critério diferenciador do tráfico ou consumo pessoal de drogas não constitui valor de dosimetria, mas elemento probatório do crime, assim tampouco gerando bis in idem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 295.505/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, 6ª Turma, DJe 03/10/2014)

Na hipótese, constata-se que o Tribunal estadual utilizou-se do mesmo fundamento - quantidade e qualidade da droga - para manter a pena-base acima do mínimo legal e reduzir a sanção na fração mínima e tal proceder, segundo a novel jurisprudência, por traduzir inegável *bis in idem*, é passível de correção, por meio de *habeas corpus*, a ser concedido de ofício.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concede-se a ordem, de ofício, para determinar que Tribunal *a quo* proceda a nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em uma das etapas do cálculo da pena.

É o voto.

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0414486-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 285.136 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14602011 1530120110030119

EM MESA

JULGADO: 21/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO DE TARSO BRAZ LUCAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANO RODRIGUES FIM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO RODRIGUES FIM
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.