



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.659 - MS (2014/0340892-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : LEANDRA RIBAS DE FREITAS (PRESO)

EMENTA

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.

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 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 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 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 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 - 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 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. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

IV - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

Brasília (DF), 21 de maio de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.659 - MS (2014/0340892-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de LEANDRA RIBAS DE FREITAS, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso V e art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual o eg. Tribunal **a quo**, por maioria, deu parcial provimento ao apelo defensivo para absolver a ora paciente com relação ao crime de associação para o tráfico e reduzir a pena-base, condenando a paciente à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, em **regime inicial fechado**, mais o pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa.

Eis a ementa do v. acórdão reprochado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGOS 33, CAPUT E 35 DA LEI N. 11.343/06 - RECURSO DA DEFESA - MATERIALIDADE E AUTORIA CABALMENTE COMPROVADOS QUANTO AO TRÁFICO DE DROGAS - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - PENA-BASE - REDUZIDA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06 - MANTIDA - TRAFICO PRIVILEGIADO - NÃO PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS LEGAIS - REGIME INICIAL FECHADO SUBSTITUIÇÃO DA PENA - INVIÁVEL NO CASO CONCRETO - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Impõe-se a manutenção do crime de tráfico de drogas, quando as provas coligidas no caderno processual comprovam a materialidade e autoria delitiva, como no caso em concreto.

Para a caracterização do delito de associação para o tráfico, é necessário a comprovação do ânimo associativo prévio ou da estabilidade do grupo, caso contrário, impõe-se a absolvição por insuficiência de provas.

Cabível a redução da pena-base, quando há circunstâncias judiciais negativas, com motivação inidônea, para exasperar a pena.

Restando demonstrado pelas provas dos autos que as agentes tinham a intenção de transportar a droga para outro estado da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federação, resta caracterizada a majorante contida no inciso V, do artigo 40, da Lei n. 11.343/06.

Não preenchidos os requisitos legais previstos no §4º, do artigo 33, da Lei de drogas, incabível a sua aplicação. A substituição da pena privativa de liberdade somente deve ser aplicada quando preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previsto no artigo 44, do Código Penal" (fl. 314).

Opostos embargos infringentes, foram rejeitados à unanimidade.

Daí o presente **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, no qual postula o impetrante a aplicação da fração máxima da minorante contida no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, com a consequente fixação do regime inicial mais brando, bem como a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls 416-417.

As informações foram prestadas às fls. 423-453.

A douta Procuradoria-Geral da República, às fls. 461-466, opinou pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.659 - MS (2014/0340892-9)

EMENTA

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.

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 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 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 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 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 - 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 de tráfico de entorpecentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Min. **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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Na presente impetração, busca-se a aplicação da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima, com a consequente fixação do regime inicial mais brando, bem como a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Pois bem. Da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo** valorou a quantidade e a natureza da droga apreendida como fator apto a permitir a exasperação da pena tanto na primeira fase da dosimetria, como também na terceira, justificando por tal motivo o afastamento da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Destaco, do v. acórdão, a seguinte passagem:

*"Assim, no que tange ao art. 42 da Lei 11.343/06, para a fixação da pena-base, **devem ser consideradas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, no caso, 80,867 KG de maconha e haxixe - f. 35-36, que se revela negativamente para as ora requerentes, motivo pelo qual fixo a pena-base no delito de tráfico em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, uma vez que entendo adequada e proporcional para o caso concreto, com relação a ambas as apelantes.***

[...]

DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06

Quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, não assiste melhor sorte.

A Lei de Drogas prevê uma causa especial de diminuição de pena, aos agentes primários, de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organização criminosa, in verbis:

"Art. 33. [...] § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

*Na hipótese, incabível a aplicação do tráfico privilegiado, porquanto conforme já mencionado alhures, além da apelante Naiara ser reincidente específica, as circunstância que envolveram a prisão, **somadas a quantidade de droga apreendida, infere-se que as acusadas se dedicam a atividades criminosas, não preenchendo, portanto, os requisitos legais exigidos para a concessão da aludida benesse**" (fl. 323, grifei).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No entanto, insta consignar que 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 da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito 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. Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgado:

"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Desta forma, verifica-se que o atual entendimento do eg. **STF** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral, 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 da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem"* (RHC 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que **a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem**, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a diversidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (HC 283.997/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/8/2014, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETORES UTILIZADOS TANTO PARA A ESCOLHA DA PENA-BASE QUANTO PARA A FIXAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA. **BIS IN IDEM**.

1. Extrai-se dos autos que **a quantidade e a qualidade da droga apreendida foram utilizadas como parâmetros tanto para fixar a pena-base acima do mínimo legal quanto para aplicar o redutor do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 no menor patamar legal**.

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 da referida causa de diminuição caracteriza **bis in idem**.

3. Impõe-se, pois, a reforma da decisão agravada no particular, redimensionando-se as penas para afastar a dupla valoração.[...]" (AgRg no REsp 1349247/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 17/9/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. **Pretório Excelso**, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça, na medida em que considerou a natureza e a quantidade da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, caracterizando indevido **bis in idem** quando da fixação da pena.

Reconhecido o **bis in idem** na fixação da pena, fica prejudicada a análise dos pleitos relativos à fixação de regime e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois dependentes da nova dosimetria a ser realizada na origem.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

Todavia, concedo a ordem de ofício, para que o eg. Tribunal **a quo** proceda à nova dosimetria da pena da paciente, utilizando-se da circunstância relativa à natureza e à quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo de pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0340892-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 312.659 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044233920138120001 00624850920128120001 44233920138120001
624850920128120001

EM MESA

JULGADO: 21/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO 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	: LEANDRA RIBAS DE FREITAS (PRESO)
CORRÉU	: NAIARA RODRIGUES FERREIRA DA SILVA

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