



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.190 - SP (2015/0116229-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA BARBOSA OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDEREZ SANTANA DO NASCIMENTO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, 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), 04 de agosto de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.190 - SP (2015/0116229-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de VALDEREZ SANTANA DO NASCIMENTO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, c/c o artigo 40, incisos III e V, ambos da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, interpôs a defesa recurso de apelação, no qual o eg. Tribunal **a quo**, negou provimento ao apelo, nos termos da seguinte ementa:

"TRÁFICO DE DROGAS - confissão da apelante em Juízo que autoriza na forma do art. 197, CPP, seu acolhimento. DOSIMETRIA DA PENA - Pena Base - mantido o aumento na fração estipulada, com base no artigo 42 da Lei 11.343/06. Quantidade de drogas (20 Kg de maconha) que serve de motivação para aumento acima do mínimo; natureza da droga que não pode ser levada em consideração diante da quantidade de cigarros que poderiam ser confeccionados servindo como porta de entrada no mundo das drogas de milhares de pessoas. Redução da pena- § 4º do artigo 33 da Lei de drogas - ausência de requisito. RECURSO NÃO PROVIDO.

Daí o presente **writ**, no qual alega a impetrante que "o v. acórdão ultrapassou o limite da estrita legalidade ao afastar a causa de redução de pena sem fundamentação idônea" (fl. 7), requerendo, ao final, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo.

Não houve pedido liminar.

As informações foram prestadas às fls. 41-54.

A douta Procuradoria-Geral da República, às fls. 59-61, manifestou-se pelo não conhecimento da ordem ou, caso conhecida, pela sua **denegação**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.190 - SP (2015/0116229-3)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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 prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo. Argumenta a impetrante, em síntese, que *"o v. acórdão ultrapassou o limite da estrita legalidade ao afastar a causa de redução de pena sem fundamentação idônea"* (fl. 7).

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 a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos:

"A fixação da pena base levou em consideração não só as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, como também o artigo 42 da Nova Lei de Drogas, justificando pela quantidade de droga apreendida (20 Kg de maconha).

O artigo 42 da Lei 11.343/06 menciona que deve preponderar 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.

De fato, a elevação da pena na primeira fase em mais de 03 anos restou devidamente fundamentada, levando em consideração a quantidade de cigarros de maconha que iria ser confeccionado com vinte quilos. A pretensão de redução somente pela natureza da droga (maconha) pela quantidade aqui não é aceita, posto que normalmente é o início da entrada de milhares de jovens no mundo das drogas.

A atenuante de confissão foi valorizada recebendo a redução de 1/6. Inexiste circunstâncias para aumento da fração para redução, a confissão nestes autos em nada ajudaria a conclusão do crime. Os policiais encontraram a mala com a droga com a identificação da empresa de ônibus que direcionava à apelante.

Pelo artigo 40, inciso V da Lei 11.343/06, deve permanecer a majoração de 1/6.

O redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 não pode ser aplicado em razão da quantidade de drogas, posto que é indicativo da participação da apelante em organização criminosa.

[...]

A própria apelante confessou que estava transportando a droga o que deve ser severamente punido para que outros não vejam a oportunidade de ganho fácil e se arrisquem na empreitada. O recebimento de um mil e quinhentos reais para o tráfico, posto que trabalhava como intermediária, repassando a droga a outra pessoa e em outro Estado, estando aí a ausência de requisito para a redução.

Ainda que se motive a atividade em razão da situação financeira, isso não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode ser aceito perante a sociedade.

Conforme análise da sentença 20 quilos de maconha seria impossível confeccionar 40.000 cigarros 'fininhos', ainda que considerada droga leve, seria a porta de entrada para consumo de drogas mais pesadas de uma quantidade infinita de usuários, certamente, destruiria a vida de muitos jovens e suas respectivas famílias, devendo se ater o julgador ao rigor da lei.

Pela pena aplicada, resta a impossibilidade da substituição da pena.

Por fim, ao regime inicial fechado imposto para cumprimento da pena privativa de liberdade, incabível eventual abrandamento" (fls. 31-33).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. Ministra 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 1349.247/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 17/9/2014).*

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.

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

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0116229-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 324.190 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11012013 20150000106171 30039439520138260073

EM MESA

JULGADO: 04/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUANA BARBOSA OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VALDEREZ SANTANA DO NASCIMENTO

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