



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.215 - MS (2015/0007549-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : TIAGO PEREIRA DO NASCIMENTO
PACIENTE : DRIELI CARNEIRO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. NOVA DOSIMETRIA A SER REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias levaram em consideração a quantidade da droga apreendida tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à nova dosimetria da pena dos pacientes, utilizando a quantidade da droga somente em uma das etapas do cálculo da pena.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.215 - MS (2015/0007549-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : TIAGO PEREIRA DO NASCIMENTO
PACIENTE : DRIELI CARNEIRO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de TIAGO PEREIRA DO NASCIMENTO e DRIELI CARNEIRO DA SILVA, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0006632-92.2011.8.12.0019).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos de reclusão, para o paciente TIAGO e à pena de 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, para a paciente DRIELI, ambos no regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso do *Parquet* para reconhecer a incidência da majorante prevista no art. 40, incisos III e V, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a pena do paciente TIAGO para 3 anos e 6 meses de reclusão, e a pena da paciente DRIELI para 4 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão. Em relação ao recurso defensivo, foi dado parcial provimento para fixar o regime semiaberto.

Foram, ainda, interpostos embargos infringentes e de nulidade, os quais foram parcialmente acolhidos para decotar a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, porém, sem reflexo na dosimetria da pena

No presente *writ*, a impetrante alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal tendo em vista que a quantidade da droga foi utilizada em mais de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oportunidade na dosimetria da pena, violando, assim, o princípio do *ne bis in idem*.

Dessa forma, requer a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 475/483, pelo concessão, de ofício, da ordem:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. OCORRÊNCIA DE INDEVIDO BIS IN IDEM. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

- *A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.*
- *O plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas com um condenado por tráfico de entorpecentes só podem ser usadas, quando da dosimetria da pena, na primeira ou na terceira etapa do cálculo e sempre de forma não cumulativa, sob pena de bis in idem.*
- *Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão da ordem de ofício, para determinar ao juízo sentenciante que, afastando o bis in idem quanto à natureza e quantidade de droga, proceda à nova dosimetria da pena.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.215 - MS (2015/0007549-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

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 n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no seu patamar máximo.

Sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, constata-se que a quantidade da droga foi utilizada para exasperar a pena-base e, também, como parâmetro para fixar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 2/5, conforme segue:

Passo a dosimetria da pena:

A) Tiago Pereira do Nascimento:

Em atenção ao que contém o art. 42 da Lei nº 11.343, de 28 de agosto de 2006, para a fixação da pena-base, devem ser consideradas, com preponderância sobre o previsto no art 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga: no caso, 56,100 quilos (cinquenta e seis quilos e cem gramas) de maconha, o que até para os padrões de Ponta Porã, é considerada SIGNIFICATIVA quantidade, o que se revela negativamente para o réu; já a personalidade e a conduta social do agente, na falta de elementos, presumem-se positivas.

O réu agiu voluntariamente e ciente da ilicitude de seu ato. Sua conduta reveste-se de normal grau de censurabilidade ante ao delito praticado. Os motivos são os normais a espécie, qual seja, a busca pelo dinheiro fácil. As circunstâncias e as conseqüências são sem particularidades. O réu é tecnicamente primário. O comportamento da vítima não influenciou na execução do crime.

Assim, não sendo totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais analisadas, fixo a pena-base em seis anos de reclusão. Na segunda fase, em razão da atenuante da confissão espontânea, diminuo a pena em um ano, ficando esta em cinco anos de reclusão. Na terceira fase da fixação da pena, levando em consideração a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, diminuo a pena em 2/5, compatível com as circunstâncias acima analisadas, fixando esta, definitivamente, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO.

B) DRIELE CARNEIRO DA SILVA:

Em atenção ao que contém o art. 42 da Lei nº 11.343, de 28 de agosto de 2006, para a fixação da pena-base, devem ser consideradas, com preponderância sobre o previsto no art 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP, a natureza e a quantidade da droga: no caso, 56,100 quilos (cinquenta e seis quilos e cem gramas) de maconha, o que até para os padrões de Ponta Porã, é considerada SIGNIFICATIVA quantidade, o que se revela negativamente para a ré; já a personalidade e a conduta social da agente, na falta de elementos, presumem-se positivas.

A ré agiu voluntariamente e ciente da ilicitude de seu ato. Sua conduta reveste-se de normal grau de censurabilidade ante ao delito praticado. Os motivos são os normais a espécie, qual seja, a busca pelo dinheiro fácil. As circunstâncias e as conseqüências são sem particularidades. A ré é tecnicamente primária. O comportamento da vítima não influenciou na execução do crime.

Assim, não sendo totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais analisadas, fixo a pena-base em seis anos de reclusão. Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Na terceira fase da fixação da pena, levando em consideração a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, diminuo a pena em 2/5, compatível com as circunstâncias acima analisadas, fixando esta, definitivamente, em TRÊS ANOS. SETE MESES E SEIS DIAS DE RECLUSÃO. (Sentença fls. 201/202)

Com relação ao quantum fixado em razão da redutora do art. 33. § 4º. da Lei n. 11.343/06. tenho como iusto o patamar de 2/5 (dois quintos) estabelecido pela magistrada a quo. Afinal, a considerável quantidade de droga apreendida (56,100 Kg de maconha), por si só, serve para justificar o patamar aplicado, sendo descabida a diminuição no máximo de 2/3 (dois terços). (Acórdão fl. 345)

Assim, não obstante seja idônea a consideração da quantidade de droga como circunstância apta a exasperar a pena-base ou para servir de parâmetro para a redução da pena na terceira fase da dosimetria, esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA CONSIDERADAS EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOIS MOMENTOS DISTINTOS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. MENSURAÇÃO DO MAIOR OU MENOR ENVOLVIMENTO DO ACUSADO COM O TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática em que se concede ordem de habeas corpus de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, quando evidenciado que a quantidade e diversidade da droga apreendida foi considerada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a posição adotada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade de consideração da natureza e quantidade de droga apreendida em dois momentos distintos do critério trifásico, engloba a consideração do maior ou menor envolvimento do réu com o tráfico de drogas, não servindo referido posicionamento apenas para evitar a consideração da circunstância no percentual de aumento da pena-base e diminuição, em razão da minorante.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 308.020/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

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.

[...]

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 dosimetria da pena da paciente.

(HC 312.659/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 19/6/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, a dupla valoração da natureza da droga em fases distintas da dosimetria, efetivamente, configura constrangimento ilegal, passível de correção pela presente via constitucional.

Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, verifico que ocorreu o trânsito em julgado da condenação, razão pela qual incumbe ao Juízo das Execuções Criminais realizar a nova dosimetria da pena.

Ante o exposto, não conheço do *writ*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à nova dosimetria dos pacientes, utilizando a quantidade da droga somente em uma das etapas do cálculo da pena.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0007549-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 314215 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066329220118120019 66329220118120019

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

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	: TIAGO PEREIRA DO NASCIMENTO
PACIENTE	: DRIELI CARNEIRO 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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.