



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.325 - MG (2013/0327914-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VICTOR HUGO SOBRINHO DE SOUSA

EMENTA

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. 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**

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Jorge Mussi

Presidente

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.325 - MG (2013/0327914-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em favor de VICTOR HUGO SOBRINHO DE SOUSA, contra acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena final de 3 anos de reclusão e ao pagamento de multa em razão da prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06. A pena foi calculada da seguinte forma: **pena-base** fixada em 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias multas. Posteriormente, sem circunstâncias atenuantes ou agravantes, o ilustre magistrado determinou a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, na fração de 1/2 (metade), chegando ao montante final de 3 (três) anos de pena.

O eg. **TJMG** deu parcial provimento ao recurso de apelação **para substituir a pena de prisão por duas restritivas de direitos**.

Na presente impetração busca-se a *"aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 no grau máximo de 2/3"*, ao argumento de que *"as mesmas circunstâncias fáticas - a quantidade e a natureza da droga - não podem, de um lado, exasperar a pena-base - como, de fato, ocorreu - e, de outro lado, justificar a redução da causa de diminuição da pena"* (fls. 02-06, e-STJ).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em sua d. manifestação (fls. 122-127, e-STJ), opinou pelo não conhecimento da ordem ou, sucessivamente, por sua denegação.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 278.325 - MG (2013/0327914-8)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

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. 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.).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus não conhecido.
Ordem **concedida de ofício**

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012, RHC n. 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).

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na presente impetração busca-se a aplicação, **em seu patamar máximo**, da redução da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. Argumenta o impetrante, em síntese, que *"a evocação da natureza e da quantidade de droga para nortear a aplicação da causa de diminuição constitui ilegalidade, por violação ao art. 42 da Lei 11.343/06 e ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e por violação ao método trifásico de fixação da pena, uma vez que, de forma indevida, transporta-se para a terceira fase de dimensionamento da sanção o sopesamento de aspectos ínsitos à primeira fase"* (fl. 06).

Aduz, ainda, que *"a invocação da qualidade e da natureza da droga para a redução da fração de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 caracterizou **bis in idem**", uma vez que "as mesmas circunstâncias fáticas – a quantidade e a natureza da droga – não podem, de um lado, exasperar a pena-base – como, de fato, ocorreu - e, de outro lado, justificar a redução da causa de diminuição da pena. Assim ocorrendo, desponta duplo recrudescimento da sanção em razão das mesmas circunstâncias"* (fl. 06).

O exame dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão questionado na presente sede processual revelam que o eg. Tribunal **a quo** considerou legítima a incidência do binômio quantidade/qualidade da droga como fator apto a permitir a exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria e, posteriormente, para justificar a incidência de fração menor de redução de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

Destaco, do v. acórdão, a seguinte passagem:

"O magistrado primevo reconheceu o privilégio nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, reduzindo a pena em 1/2 (metade) diante da análise das balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal. Observa-se que as circunstâncias do delito foram consideradas desfavoráveis em razão da grande quantidade de droga apreendida [...] A quantidade e a diversidade da droga apreendida portanto repercutem negativamente na reprimenda do apelante a justificar uma menor redução da pena [...]" (fls. 52-53, e-STJ).

O atual entendimento jurisprudencial do **eg. STF** é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014, v.g.)

Essa orientação tem sido adotada neste **eg. STJ**:

"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 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 n. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 n. 1349247/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 17/9/2014).*

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**, mas **concedo a ordem de ofício**, para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0327914-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 278.325 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0035110155567 10035110155567 10035110155567001 35110155567

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: VICTOR HUGO SOBRINHO DE SOUSA

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.