



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.228 - SP (2014/0299759-1)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WLADIMIR ANDRADE DOS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O 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 fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

3. No caso dos autos, o acórdão atacado diverge do atual entendimento da Suprema Corte sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem proceda a nova dosimetria da pena do 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 15 de setembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.228 - SP (2014/0299759-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de WLADIMIR ANDRADE DOS SANTOS, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 300 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 18/24).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo*, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso (fls. 25/34).

No presente *writ*, o impetrante alega violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sustentando que o paciente faz jus à aplicação da referida causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Aduz, ainda, a possibilidade de fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, nos termos do arts. 33, § 3º, c/c o art. 59, do Código Penal, e das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, inclusive liminarmente, a imediata colocação do paciente em regime aberto ou semiaberto.

A liminar foi indeferida (fls. 42/43).

Em parecer (fls. 51/58), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.228 - SP (2014/0299759-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

No caso em epígrafe, entendo configurado constrangimento ilegal especificamente no que concerne à utilização da quantidade e da qualidade da droga encontrada em poder do paciente como fundamento tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em grau inferior ao máximo.

É certo que esta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser legítima a exasperação da pena com fundamento na quantidade e na natureza da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42, DA LEI DE DROGAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. No caso, o Paciente foi preso em flagrante e posteriormente condenado pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque, "no dia 15 de março de 2013, tinha em depósito, para entrega a consumo ou para fornecimento a terceiros, ainda que gratuitamente, 58 (cinquenta e oito) buchas de cocaína, pesando 24,70g (vinte e quatro gramas e setenta decigramas); 1 (uma) pedra de cocaína, processadas na forma de crack, pesando 25,20g (vinte e cinco gramas com vinte decigramas) e 1 (um) tijolo de Cannabis sativa, vulgarmente conhecida por maconha, pesando 41,30g (quarenta e um gramas com trinta decigramas)". 2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga. 3. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão dos entorpecentes comercializados, "dentre elas o crack, uma droga que causa maior danosidade social, e por conta disso, justifica um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenamento maior". 4. Habeas Corpus não conhecido. (HC 295.083/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

Entretanto, no julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a valoração sobre a quantidade e a natureza da substância entorpecente, tanto na fixação da pena-base, como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, caracteriza *bis in idem*.

A sentença ao fundamentar a imposição da pena-base acima do mínimo legal, considerou como circunstâncias judiciais desfavoráveis "a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente" (fl. 21).

Em relação à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o acórdão estadual ratificou a manutenção do redutor, em 1/2, levando em conta as espécies, natureza e quantidade das drogas apreendidas – 179,65g de cocaína fracionada em 95 porções; 109,33g de *crack* fracionado em 145 porções e 91,58g de maconha fracionada em 27 porções.

Por conseguinte, essa circunstância também foi utilizada pelo magistrado de primeiro grau para fixar a pena-base acima do mínimo legal (fl. 21) sem que sofresse reparo pelo Tribunal de origem.

Cumprе ressaltar que, no julgamento do HC n. 108.193/MG, em 19/12/2013, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a valoração sobre a quantidade e natureza da substância entorpecente tanto na fixação da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

Nesse sentido também vem se posicionando esta Corte Superior:

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, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 17/9/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PENA-BASE E NA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA.

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. Configura *bis in idem* utilizar a gravidade e quantidade da droga apreendida para, ao mesmo tempo, fixar da pena-base acima do mínimo legal e aplicar o menor patamar de redução da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para anular a sentença no ponto.

(HC 72.879/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 4/8/2014)

Dessa forma, entendo configurado constrangimento ilegal no que concerne à utilização da quantidade e qualidade da droga encontrada em poder do paciente como fundamento tanto para a fixação da pena-base quanto para a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em grau inferior ao máximo, merecendo reforma o julgado atacado, a fim de que a quantidade e a qualidade dos entorpecentes apreendidos sejam valorados somente em uma das fases da dosimetria, em obediência ao princípio da individualização da pena.

Ficam prejudicadas as questões atinentes ao regime inicial de cumprimento da pena e substituição da pena por medidas restritivas de direitos, uma vez que são posteriores à fixação da pena final.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*, CONCEDENDO a ordem, de ofício, tão somente para reconhecer o aludido *bis in idem*, determinando a devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para que redimensione a pena aplicada ao paciente, considerando a quantidade e a qualidade da droga somente na primeira ou na terceira etapa da dosimetria.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0299759-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309.228 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00358605820138260050 20140000334312 35860582013 358605820138260050 6712013

EM MESA

JULGADO: 15/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WLADIMIR ANDRADE DOS SANTOS

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