AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.870 - RS (2014/0073357-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : IZABEL DELGADO CABREIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *BIS IN IDEM*. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto ao não cabimento do habeas corpus para rever a dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, exceto quando for manifesta a violação aos critérios dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade ou, ainda, em caso de ausência ou deficiência da fundamentação, o que ocorre na espécie.
2. O agravante não trouxe elementos novos para refutar a configuração do indevido *bis in idem* na espécie, visto que a decisão impugnada foi clara ao demonstrar que tanto a exasperação da pena-base quanto a aplicação da minorante em patamar diferente do máximo foram justificadas pela quantidade e pela natureza das drogas apreendidas.
3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão impugnada.
4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.870 - RS (2014/0073357-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	IZABEL DELGADO CABREIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** agrava da decisão de fls. 149-152, em que reconheci ofensa ao princípio do *ne bis in idem* na fixação da pena e concedi parcialmente a ordem, a fim de determinar que o Juízo de primeiro grau proceda à nova dosimetria, com a utilização da natureza e/ou da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas.

Nesta impugnação, o agravante sustenta não ser o habeas corpus "instrumento adequado a servir de sucedâneo de recurso ou revisão criminal" (fl. 161). Salienta que, "diante do trânsito em julgado da condenação para a defesa e para a acusação e já tendo início a execução das penas restritivas de direito, não se mostra possível a concessão da ordem para determinar que o Juízo de origem refaça a dosimetria da pena aplicada à paciente" (fl. 161).

Postula, assim, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito ao órgão colegiado, para que o *mandamus* não seja conhecido.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.870 - RS (2014/0073357-8)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *BIS IN IDEM*. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto ao não cabimento do habeas corpus para rever a dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, exceto quando for manifesta a violação aos critérios dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade ou, ainda, em caso de ausência ou deficiência da fundamentação, o que ocorre na espécie.
2. O agravante não trouxe elementos novos para refutar a configuração do indevido *bis in idem* na espécie, visto que a decisão impugnada foi clara ao demonstrar que tanto a exasperação da pena-base quanto a aplicação da minorante em patamar diferente do máximo foram justificadas pela quantidade e pela natureza das drogas apreendidas.
3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão impugnada.
4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Em que pesem os argumentos aduzidos pelo ora agravante, deve a decisão recorrida ser mantida por seus próprios fundamentos.

Preliminarmente, releva salientar ao impetrante que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto ao **não cabimento do habeas corpus para rever a dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias**, exceto quando for manifesta a violação aos critérios dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade ou, ainda, em caso de ausência ou deficiência da fundamentação.

Nesse sentido, à guisa de exemplo, o **HC n. 147.925/DF**, da relatoria do Ministro **Nefi Cordeiro**, julgado pela 6ª Turma do STJ, com *decisum* publicado no DJe de 11/5/2015.

É que "O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei"" (**AgRg no HC n. 267.159/ES**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 24/9/2013). Precedentes.

In casu, **identifico mácula no acórdão indigitado coator a merecer a interferência do Superior Tribunal de Justiça**.

Com efeito, as instâncias ordinárias entenderam indevida a aplicação máxima do redutor em questão, com fundamento exclusivamente na **quantidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos – 2.050 gramas de crack**.

Todavia, o montante e a natureza das drogas **já haviam sido utilizados na dosimetria da pena** para exasperar a reprimenda básica. Assim, a referência a tais elementos, para afastar a fração máxima da minorante, configura **indevido *bis in idem***.

A respeito do tema, faço lembrar que, por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que **as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa.** Esse fato privilegia, de acordo com o Relator (Ministro Teori Zavascki), o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria**

da pena.

Sobre a matéria posta em discussão, menciono o seguinte julgado desta Sexta Turma, em que já se seguiu a compreensão consagrada pelo Plenário da Suprema Corte: **HC n. 294.636/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 29/9/2014. Na ocasião, determinou-se que o Magistrado de primeiro grau procedesse à nova dosimetria da pena, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga somente em uma das etapas da dosimetria.

Cito, ainda, os seguintes precedentes da Corte Suprema, também seguindo a orientação firmada pelo Pleno: **HC n. 123.999/MT**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 28/10/2014; **HC n. 123.534/RJ**, Rel. Ministra **Cármen Lúcia**, DJe 10/10/2014.

Dessa forma, uma vez que o Magistrado sentenciante utilizou o mesmo fundamento (natureza e quantidade de drogas apreendidas) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto a fração de aplicação da minorante do § 4º do art. 33, tenho como caracterizada a **ofensa ao princípio do *ne bis in idem***.

Portanto, ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, **deve ser mantida a decisão impugnada**.

À vista do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0073357-8

AgRg no HC 291.870 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50033878020104047002

EM MESA

JULGADO: 18/10/2018

Relator
Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	IZABEL DELGADO CABREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	IZABEL DELGADO CABREIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.