



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.726 - RS (2016/0239091-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SAMARA RODRIGUES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. NATUREZA DAS DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE. AFASTAMENTO DO REDUTOR. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CRITÉRIO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

4. Não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza e da quantidade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que a dupla valoração da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

6. Hipótese em que a Corte *a quo* sopesou a natureza das drogas apreendidas na primeira etapa da dosimetria (cocaína e *crack*) e a suas quantidades na terceira fase, não se verificando, portanto, o alegado *bis in idem*, nos termos da jurisprudência desta Corte (precedentes).

7. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos de reclusão), incabível a alteração do regime, uma vez que o semiaberto é o adequado à espécie, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I, do Código Penal).
8. Ordem não conhecida.

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. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.726 - RS (2016/0239091-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRANTE : SAMARA RODRIGUES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de **SAMARA RODRIGUES**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que a paciente foi condenada à pena de de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa, com a substituição da pena por restritiva de direitos.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* afastou a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e readequou a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 500 (quinhentos) dias-multa.

Neste *writ*, alega a impetrante que o legislador não vinculou a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas à quantidade e à qualidade da droga apreendida.

Aponta a necessidade de aplicação de regime mais brando de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem nos termos acima referidos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 289/290).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 298/318).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 323/326).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.726 - RS (2016/0239091-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRANTE : SAMARA RODRIGUES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. NATUREZA DAS DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE. AFASTAMENTO DO REDUTOR. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CRITÉRIO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

4. Não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza e da quantidade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que a dupla valoração da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

6. Hipótese em que a Corte *a quo* sopesou a natureza das drogas apreendidas na primeira etapa da dosimetria (cocaína e *crack*) e a suas quantidades na terceira fase, não se verificando, portanto, o alegado *bis in idem*, nos termos da jurisprudência desta Corte (precedentes).

7. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos de reclusão), incabível a alteração do regime, uma vez que o semiaberto é o adequado à espécie, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. Ordem não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos, verifica-se que o Juízo sentenciante, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base para o delito de tráfico no mínimo legal, depois a majorou em 1/6, em razão da causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, e, embora presente a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, deixou de reduzir a pena em obediência ao enunciado da Súmula 231 do STJ. Por fim, reconheceu a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, em seu patamar máximo (2/3), ficando a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, com a substituição da pena por restritiva de direitos.

A Corte estadual deu parcial provimento ao apelo ministerial para aumentar a pena para 5 anos de reclusão e afastar a substituição por restritiva de direitos, bem como deu parcial provimento ao recurso da defesa para fixar o regime inicial semiaberto. Eis o teor do acórdão impugnado (e-STJ, fls. 273/277):

"Assiste razão, em parte, ao Ministério Público.

Diante da natureza das drogas que a ré levava consigo quando do seu ingresso como visitante no presídio, cocaína e "crack", essa última de enorme lesividade ao usuário, circunstância que aumenta, sobremodo, a reprovabilidade da conduta, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal (artigo 42 da Lei n.º 11.343/06).

Todavia, as demais circunstâncias referidas pelo Ministério Público são aquelas inerentes ao tipo penal em apreço e ao cometimento do delito, não justificando elevação da pena-base.

Assim, aumento a pena-base para 06 (seis) anos de reclusão.

Outrossim, não só admitiu espontaneamente a ré a prática do fato em juízo, o que foi reconhecido na sentença, como era menor de 21 anos de idade ao tempo do fato, pelo que lhe assiste também a atenuante do art. 65, inc. I, do Código Penal, não observada na sentença recorrida.

Em vista disso, reduzo a pena em 01 ano pelas atenuantes reconhecidas, ficando essa em 05 (cinco) anos de reclusão.

Não obstante presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, não podem essas reduzir a pena abaixo do mínimo legal, pois tal afrontaria o princípio da legalidade das penas.

Somente é possível ultrapassar os limites legais cominados nas causas em que o legislador atribuiu parâmetros ao juiz para a redução ou aumento da pena, o que não ocorre com as atenuantes e agravantes. Tanto é assim que, por uma circunstância agravante, não se cogita de poder o juízo elevar a pena acima do máximo cominado.

Ademais, já pacificada a matéria no Superior Tribunal de Justiça (Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 231):

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Outrossim, embora a primariedade da ré, considerando as quantidades expressivas de substâncias entorpecentes apreendidas em seu poder quando do fato, como se verifica do fracionamento que poderiam gerar, demonstrando seu envolvimento em tráfico organizado e de maior lesividade social, incabível a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

[...]

Logo, deve ser afastada a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 e a redução de pena respectiva, pelo que, na ausência de outras causas modificadoras, torno a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão.

A pena de multa, fixada em 500 dias-multa na sentença, deve ser mantida, eis que mantêm simetria com a pena ora aplicada, como estabelecido no tipo penal.

Em face do novo quantitativo de pena privativa de liberdade aplicada, superior a quatro anos, resta afastada a substituição por penas restritivas de direitos, o que atende ao postulado do Ministério Público (art. 44, incs. I e III, do Código Penal).

O regime prisional foi fixado na sentença em inicial fechado.

[...]

Dessa forma, diante do quantitativo de pena privativa de liberdade e não verificando fundamento para a imposição de regime mais gravoso, altero o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Embora o postulado no apelo da defesa, incabível a isenção da pena de multa, uma vez que se trata de sanção penal cominada ao delito, sendo que a jurisprudência é pacífica no sentido de que, "cominada a pena de multa ao delito, a sua imposição ao agente é de caráter necessário, haja vista cuidar-se de sanção penal, não sendo possível a isenção da pena de multa ante a inexistência de previsão legal.

Voto, pois, por dar parcial provimento ao apelo ministerial para aumentar a pena privativa de liberdade para 05 anos de reclusão, afastando a substituição por penas restritivas de direitos, e dar parcial provimento ao apelo defensivo para alterar o regime inicial de cumprimento da pena carcerária para o semiaberto, mantidas as demais cominações da sentença."

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Do mesmo modo, não se admite, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a utilização, concomitante, da natureza e da quantidade da droga para elevar a pena-base e para modular a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que a dupla valoração da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"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. Ministro 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.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo regimental improvido."

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

Na hipótese dos autos, verifica-se que a Corte *a quo* sopesou a natureza das drogas apreendidas na primeira etapa da dosimetria (cocaína e *crack*) e a suas quantidades na terceira fase, não se verificando, portanto, o alegado *bis in idem*, nos termos da jurisprudência desta Corte, da qual destaco os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM IMPETRADA EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ADEQUADO. NÃO CABIMENTO. ATUAÇÃO DE OFÍCIO PARA SANAR ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de não mais admitir *habeas corpus* para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento da apelação, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Todavia, o constrangimento apontado na inicial foi analisado e, verificando-se a ausência de flagrante ilegalidade, tornou-se inviável a concessão da ordem de ofício, sendo imperiosa a negativa de seguimento do writ por esta Superior Corte de Justiça.

PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO. QUANTUM MITIGADO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO APONTADAS EM MOMENTOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. COAÇÃO NÃO VERIFICADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. No caso dos autos, a natureza dos entorpecentes foi considerada no cálculo da pena-base, sendo que, na terceira fase da dosimetria, o Sodalício *a quo* ressaltou, exclusivamente, a quantidade da droga como fundamento para fixar a fração em 1/2 (metade) para o redutor especial previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, entendimento que está de acordo com a jurisprudência deste Sodalício sobre o tema.

(...)

3. Agravo Regimental improvido." (AgRg no HC 332.638/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM FRAÇÃO INFERIOR À MÁXIMA. ALEGADO BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DIVERSOS. TEMA NÃO ANALISADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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 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.

- Na hipótese, porém, não se verifica o apontado bis in idem, porquanto a exasperação da pena-base ocorreu em razão da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - crack e cocaína -, ao passo que a redução da reprimenda na fração de 1/4, em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, foi fundamentada na quantidade de drogas apreendidas, configurando, assim, fundamentos diversos. Precedentes.

- Ademais, no tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do habeas corpus, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- Uma vez que o Tribunal a quo não se pronunciou sobre tema suscitado nesta impetração, esta Corte fica impedida de fazê-lo diretamente, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 273.799/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO. JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

1. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena-base em 1/4 deu-se em razão da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - *crack*, cocaína e maconha - e a redução da reprimenda em apenas 1/3 em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, deu-se em razão da expressiva quantidade de drogas - quase 1 kg -, motivos diversos, pois.

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal." (HC 312.818/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FATOS VALORADOS EM DIFERENTES MOMENTOS DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DIFERENCIADOR DO TRÁFICO E CONSUMO DE DROGAS. ELEMENTO PROBATÓRIO.

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. Não configura *bis in idem* a valoração na pena-base da natureza da droga (cocaína) e, na dosimetria da minorante, da quantidade da droga.

3. Indicação da natureza ou quantidade da droga como critério diferenciador do tráfico ou consumo pessoal de drogas não constitui valor de dosimetria, mas elemento probatório do crime, assim tampouco gerando *bis in idem*.

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 295.505/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 03/10/2014)

Cumpre registrar a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 109.193/MG, sobre a questão, acerca da possibilidade de utilização da natureza em uma das fases do cálculo da pena e a quantidade na outra, sem que essa utilização caracterize o indesejável *bis in idem*.

Eis a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA SOMENTE NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. **Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto.**

2. No caso, a natureza da droga apreendida foi utilizada somente na terceira etapa da dosimetria, ou seja, para fixar o fator de redução da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6, não havendo, portanto, violação ao princípio do ne bis in idem. Ademais, aplicar qualquer fração de diminuição diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus.

3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois a pena imposta ao paciente – quatro anos e dois meses de reclusão – afasta o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Ordem denegada. (HC 109.193, Relator. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014).

Por fim, mantido o *quantum* da reprimenda imposta (5 anos de reclusão), incabível a alteração do regime, uma vez que o semiaberto é o adequado à espécie, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** deste writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0239091-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 370.726 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00097321720108210156 03443394420128217000 15621000009736 3443394420128217000
70050377472 97321720108210156

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SAMARA RODRIGUES

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."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.