



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.252 - SC (2017/0158419-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : LUIZ FERNANDO DE LIZ (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUALIDADE E VARIEDADE DA DROGA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). MODULAÇÃO DO REDUTOR. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTOS DIVERSOS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A instância ordinária aumentou a pena-base com fundamento, dentre outros, na *qualidade* e *variedade* da droga. Na terceira fase, negou a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na sua maior fração, em razão da *quantidade* do entorpecente apreendido.

2. Hipótese diversa daquela tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "*tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

3. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.252 - SC (2017/0158419-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ FERNANDO DE LIZ (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Agravo regimental interposto por LUIZ FERNANDO DE LIZ contra decisão que não conheceu do presente *habeas corpus*, mas concedeu a ordem de ofício, nos seguintes termos:

Trata-se de habeas corpus, substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de LUIZ FERNANDO DE LIZ contra acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática do delito de tráfico de drogas. Na primeira fase da dosimetria, aumentou a pena-base em razão da quantidade de droga apreendida; na terceira, aplicou a causa de diminuição no patamar máximo (2/3); ao final, fixou o regime aberto e substituiu a pena (2 anos e 1 mês de reclusão) por restritivas de direitos.

O Tribunal a quo, em apelação do Ministério Público, alterou a fração referente à minorante do § 4º para 1/6, aumentando a pena para 5 anos e 1 mês de reclusão. Em consequência, fixou o regime inicialmente semiaberto e afastou a substituição da pena.

Diante disso, a defesa ajuizou revisão criminal, a qual foi indeferida.

No presente writ, a impetrante alega que o magistrado de primeiro grau não apresentou motivação concreta para aumentar a pena-base em fração superior a 1/6.

Aduz também que os mesmos elementos (quantidade e natureza da droga) foram considerados, pelo Tribunal a quo, na primeira e terceira fases da dosimetria, o que configura bis in idem.

Requer, assim, a redução da pena-base e o restabelecimento da sentença condenatória no que diz respeito ao § 4º, regime prisional e substituição da pena.

Sem pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE REVISÃO NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA. INVIÁVEL A ANÁLISE, EM SEDE DE HABEAS CORPUS, DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 451 G DE COCAÍNA E 91,3 G DE MACONHA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO EVIDENCIAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICABILIDADE DA FRAÇÃO MÍNIMA JUSTIFICADA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STF. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM (fl. 171).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, conforme relatado, o magistrado de primeiro grau aplicou o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3). O Tribunal a quo, porém, em recurso da acusação, alterou essa fração para 1/6, sob o fundamento, dentre outros, de que a qualidade e a variedade das drogas bastam para o aumento da pena-base e a elevada quantidade para justificar a aplicação dessa minorante em patamar inferior. Confira-se, aliás, o seguinte trecho do acórdão:

[...] para justificar o aumento da primeira fase, bastaria a qualidade e a variedade das drogas apreendidas, restando a elevada quantidade dos entorpecentes para calcular a fração da causa especial de diminuição de pena (fl. 45).

Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual "a utilização da natureza da droga (cocaína) para elevar a pena-base e a quantidade (503g) para aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em patamar inferior não configura bis in idem" (AgRg no HC n. 383.339/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 14/06/2017).

[...]

Por outro lado, embora a natureza e variedade das drogas constituem elementos idôneos no aumento da pena-base, a escolha da fração de 1/4, nesta primeira fase, mostra-se excessiva, devendo ser aplicada a usualmente adotada por esta Corte – 1/6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício para reduzir a pena-base do paciente, fixando a pena final em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto (fls. 177/180).

O agravante reitera a tese de que a instância ordinária fundamentou o aumento da pena-base com os mesmos elementos utilizados na terceira fase da dosimetria para modular o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, caracterizando indevido *bis in idem*.

Postula, assim, a reconsideração do julgado ou a sua reforma no colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.252 - SC (2017/0158419-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em que pesem os argumentos veiculados no presente agravo regimental, não há como modificar a decisão ora agravada.

Verifico que a instância ordinária aumentou a pena-base com fundamento, dentre outros, na *qualidade e variedade* da droga. Na terceira fase, negou a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na sua maior fração, em razão da *quantidade* do entorpecente apreendido.

Trata-se de hipótese diversa daquela tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga *"tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 3 ANOS, 4 MESES E 25 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.434/2006. NATUREZA DA DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE, NA TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. BIS IN IDEM INEXISTENTE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DEFERIDO O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, MAIS GRAVOSO DO QUE A PENA COMPORTA, E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, ANTE A NOCIVIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*.

- Por outro lado, nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, não há *bis in idem*, pois diversos os fundamentos, quando a exasperação da pena-base ocorre em razão da natureza da substância entorpecente apreendida, ao passo que a redução da reprimenda, na terceira fase, em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, é fundamentada na quantidade de drogas apreendidas. Precedentes.

- Na espécie, verifica-se que não houve ofensa ao primado do *bis in idem*, pois o acórdão recorrido exasperou a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, considerando, para tanto, a nocividade da droga apreendida, qual seja, crack. Em seguida, na etapa derradeira, foi mantida a fração redutora de 1/2, pelo tráfico privilegiado, tendo em vista, agora, a quantidade de entorpecentes que o caso envolveu.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para, confirmando a liminar anteriormente deferida, modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, mantidos os demais termos da condenação (HC 405.365/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/08/2017).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. AUSENTE. CONSIDERAÇÃO NEGATIVA REFERENTE AO VOLUME DE ENTORPECENTES AFASTADO PELO TRIBUNAL DA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGAS UTILIZADA SOMENTE PARA MITIGAR A FRAÇÃO REDUTORA DA MINORANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. Afastado pelo Sodalício de origem o volume dos estupefacientes apreendidos da primeira etapa, e valorado apenas na terceira fase para a escolha do quantum, não há ilegalidade a ser sanada, uma vez que a sanção inicial foi exasperada por fundamentos diversos dos utilizados para a fixação da fração do redutor em 1/4.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 387.646/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/08/2017).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0158419-6

AgRg no
HC 406.252 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068402820128240045 20130902388 40026358120168240000 45120068405
68402820128240045 82012002035893

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ FERNANDO DE LIZ (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUIZ FERNANDO DE LIZ (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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, negou provimento ao agravo regimental."

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