



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.463 - MG (2016/0204105-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA - MG142981
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELLINGTON ROGERIO LAU (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODULAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIVERSIDADE DA DROGA. *BIS IN IDEM* NÃO VERIFICADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a expressiva quantidade das drogas apreendidas – 21 porções de maconha (374,80g), 65 microtubos plásticos de cocaína (52,72g), 11 invólucros de *crack* (30,54g) e 94 invólucros de *crack* (720,74g), para fixar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. Não configura *bis in idem* a aferição desfavorável da quantidade das drogas, na primeira etapa da dosimetria, para majorar a pena-base e a utilização da diversidade na escolha da fração mínima do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes do STJ e do STF).

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Estabelecida a pena definitiva em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para prevenção e reparação do delito, diante da aferição negativa de uma das circunstâncias judiciais (quantidade das drogas).

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal).

8. *Habeas corpus* não conhecido.

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 "Prosseguindo no julgamento, a Turma, 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), 08 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.463 - MG (2016/0204105-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA - MG142981
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELLINGTON ROGERIO LAU (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **WELLINGTON ROGERIO LAU**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 458 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, tão-somente, para aumentar a fração de redução pela atenuante da confissão, resultando a pena em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mais 416 dias-multa, mantida íntegra, no mais, a sentença condenatória.

Neste *writ*, alega o impetrante manifesto constrangimento ilegal, pois ausente fundamentação idônea para a exacerbação da pena-base, uma vez que foram considerados elementos inerentes ao próprio tipo penal pelo qual condenado o paciente. Destaca que a Corte de origem incorreu em indevido *bis in idem*, diante da utilização dos critérios do art. 42 da Lei n. 11.343/06, na primeira e na terceira fase da dosimetria. Assevera, por fim, que o paciente tem direito ao cumprimento da pena em regime semiaberto, tendo em vista a pena aplicada e o reconhecimento do privilégio.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja redimensionada a pena, fixado regime menos severo e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 51-52).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 59-77).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 82-87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.463 - MG (2016/0204105-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA - MG142981
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELLINGTON ROGERIO LAU (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODULAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIVERSIDADE DA DROGA. *BIS IN IDEM* NÃO VERIFICADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a expressiva quantidade das drogas apreendidas – 21 porções de maconha (374,80g), 65 microtubos plásticos de cocaína (52,72g), 11 invólucros de *crack* (30,54g) e 94 invólucros de *crack* (720,74g), para fixar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. Não configura *bis in idem* a aferição desfavorável da quantidade das drogas, na primeira etapa da dosimetria, para majorar a pena-base e a utilização da diversidade na escolha da fração mínima do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes do STJ e do STF).

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Estabelecida a pena definitiva em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para prevenção e reparação do delito, diante da aferição negativa de uma das circunstâncias judiciais (quantidade das drogas).

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao dar provimento ao apelo defensivo, procedeu à individualização da pena, nos seguintes termos:

Analizando-se as circunstâncias judiciais, tenho que, embora os motivos do crime sejam próprios do delito de tráfico de drogas, a pena imposta ao apelante não merece redução.

É que, diante da culpabilidade desfavorável do acusado, mormente levando-se em conta a quantidade de drogas apreendidas - 21 porções de maconha, pesando 374,80g, 65 microtubos plásticos de cocaína, pesando 52,72g, 11 invólucros de crack, pesando 30,54g e 94 invólucros de crack, pesando 720,74g - justificada está a apenação acima do mínimo legal previsto.

Assim, na primeira fase da dosimetria da pena, mantenho a pena do réu em 07 (sete) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias- mu Ita.

Na segunda fase, entendo que a r. sentença merece uma peque reforma, pois, conforme jurisprudência e doutrina majoritárias, o *quantum* de redução ou de aumento pelas atenuantes e agravantes deve ser na fração de 1/6.

Assim, ausentes circunstâncias agravantes, mas presente a atenuante da confissão, reduzo a pena provisória do réu em 1/6, alcançando o patamar de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase de aplicação da pena, pugna a Defesa pela aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, ao argumento de que o magistrado "a quo" considerou a variedade da droga tanto na primeira fase, quanto na terceira, o que configura *bis in idem*.

Razão, mais uma vez, não lhe assiste.

A lei não trouxe critérios para a fixação da fração de redução da pena pelo privilégio, havendo um consenso na doutrina e na jurisprudência que a quantidade e a qualidade das drogas, bem como as balizas do artigo 59, do Código Penal, são um norte para a redução da pena pelo privilégio previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

[...]

Coaduno, ainda, com o entendimento de que não configura *bis in idem* o exame da quantidade da droga para fixação da pena em uma fase do sistema trifásico e da natureza em outra fase da dosimetria da pena, apenas não podendo haver consideração de apenas um dos critérios (quantidade ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualidade), simultaneamente, nas duas fases da dosimetria da pena.

No caso em apreço, o ilustre sentenciante majorou a pena-base do acusado em razão da elevada quantidade de drogas apreendida, reduzindo-a, na terceira fase, em 1/6, considerando a variedade das substâncias entorpecentes.

Não há que se falar, assim, em *bis in idem* na aplicação da pena.

Vale consignar, ainda, que, embora Wellington seja primário, ficou comprovado nos autos que mantinha em depósito grande quantidade e variedade de droga, equivalente a 21 porções de maconha, pesando 374,80g, 65 microtubos plásticos de cocaína, pesando 52,72g, 11 invólucros de *crack*, pesando 30,54g e 94 invólucros de *crack*, pesando 720,74g, o que, a meu ver, indica que ele não é traficante de "primeira viagem".

Assim, tenho que, no caso em tela, o apelante sequer fazia jus à causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

Ocorre que, como não houve recurso ministerial neste ponto, a minorante deverá ser mantida, sob pena de violação ao princípio da "non reformatio in pejus".

Desta forma, considerando que o acusado sequer fazia jus à redução da pena pelo privilégio e levando-se em conta a variedade de drogas apreendidas, mantenho a fração de redução de 1/6 à causa de diminuição de pena.

Assim, na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena, e presente a minorante do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, reduzo a pena provisória em 1/6, concretizando-a em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias- multa, no valor mínimo legal. (e-STJ, fls. 38- 41)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, segundo se verifica, o Tribunal *a quo*, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade das drogas apreendidas – 21 porções de maconha (374,80g), 65 microtubos plásticos de cocaína (52,72g), 11 invólucros de *crack* (30,54g) e 94 invólucros de *crack* (720,74g) –, para julgar desfavorável a culpabilidade do paciente e exasperar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legal.

Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico (5 a 15 anos) e a apresentação de fundamento válido para a valoração desfavorável, elencado inclusive como preponderante, não se mostra desproporcional o aumento operado, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, manifestou-se pela legalidade do aumento da pena, diante da preponderância do art. 42 da Lei de Drogas, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

[...]

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

[...]"

(HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/12/2015).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 12 DA LEI N. 6368/76). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

2. Na espécie, mostra-se cabível a exasperação da pena, haja vista a grande quantidade de droga apreendida, não havendo, portanto, que se falar em constrangimento ilegal, uma vez que foi apontado fundamento concreto a justificar a sanção inicial em patamar superior ao mínimo legal.

3. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 339.229/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 11/05/2016).

Quanto à incidência da causa especial de diminuição da pena, consigno que a teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Entretanto, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, **em sede de repercussão geral**, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), está vedado o sopesamento, em conjunto, da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de indevido *bis in idem*.

Contudo, esta não é a hipótese dos autos.

Segundo se infere, a Corte de origem considerou a quantidade das drogas para majorar a pena-base e a variedade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e *crack*)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para modular o índice da minorante, o que é perfeitamente possível nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, da qual destaco os seguintes julgados:

[...]

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 109.193/MG, também se manifestou sobre o tema e, do mesmo modo, não reconheceu o *bis in idem*, pela utilização de critérios distintos em cada fase da dosimetria.

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.

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime inicial, melhor sorte não socorre ao paciente, haja vista que a Corte de origem, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, art. 59, ambos do Código Penal, c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, fixou o regime mais gravoso, com base na quantidade e na natureza das drogas apreendidas, *in verbis*:

No que toca ao regime inicial de cumprimento da pena, cumpre registrar que, apesar de já ter me posicionado no sentido de que no crime de tráfico, por ser equiparado a hediondo deveria ser fechado, alterei meu entendimento sobre o tema, passando a me filiar à corrente jurisprudencial que entende ser possível a fixação do regime inicial mais brando para o cumprimento da pena nesse crime, desde que o agente atenda aos requisitos necessários previstos no artigo 33 do Código Penal.

Isto porque, a fixação do regime inicial fechado, simplesmente por ser o crime hediondo ou equiparado a hediondo, a meu ver, fere o princípio da individualização da pena, pois a lei ordinária não pode impor restrições não contidas na Constituição Federal.

No caso em tela, entretanto, a expressiva quantidade e a qualidade das drogas apreendidas, quais sejam, 21 porções de maconha, pesando 374,80g, 65 microtubos plásticos de cocaína, pesando 52,72g, 11 invólucros de crack, pesando 30,54g e 94 invólucros de crack, pesando 720,74g, justificam a imposição de regime mais severo para o cumprimento da pena.

[...]

Destarte, mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao ora apelante, por se ele o mais adequado, com o objetivo de atingir as finalidades da pena de reprovação e prevenção do delito. (e-STJ, fls. 41-43).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora o paciente seja primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) mostra-se adequado à espécie, em razão da valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais na primeira etapa da dosimetria (quantidade de entorpecente), nos termos da legislação de regência.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (38 KG DE MACONHA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º, B, E 59, AMBOS DO CP. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. PENA-BASE ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 3º, DO CP. RESPEITO ÀS SÚMULAS 718 E 718 DO STF E 440 DO STJ.

1. A despeito da alegação do agravante de que foi beneficiado com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o fundamento apresentado pelo Tribunal de origem, atinente à quantidade de entorpecente apreendido (38 kg de maconha), que, inclusive, condicionou a pena-base a ficar em um patamar acima do mínimo legal, revela-se apto a justificar a imposição do regime inicial fechado.

2. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos a justificar a imposição do regime mais severo, assim como a exasperação da pena-base, consoante o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não havendo, pois, que se falar em ofensa ao ne bis in idem, pois o estabelecimento do modo inicial de execução da pena deve, obrigatoriamente, considerar os vetores valorados na dosimetria penal, à luz do art. 33, § 3º, do CP (HC n. 382.165/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/3/2017).

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1653605/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017).

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0204105-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.463 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00341641320158130071 0040096792015 00400967920158130071 10071150040096001
341641320158130071 40096792015 400967920158130071

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA - MG142981
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELLINGTON ROGERIO LAU (PRESO)

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer."

Aguardam os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.463 - MG (2016/0204105-4)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON ROGERIO LAU contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, na Apelação n. 0040096-79.2015.8.13.0071.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Nos termos do art. 42 do Código Penal, foi computada na pena privativa de liberdade o período de prisão provisória do paciente (detração), equivalente a 223 (duzentos e vinte e três) dias, passando para 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão a reprimenda a ser cumprida.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena do então apelante para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantendo, no mais, os termos da r. sentença. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - REDUÇÃO DE PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - ATENUANTE DA CONFISSÃO - REDUÇÃO EM 1/6 - NECESSIDADE - ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - NÃO CABIMENTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INVIABILIDADE. 1. Verificando-se que a pena restou fixada em patamar justo e razoável para os fins de reprovação e prevenção do delito, mormente diante da culpabilidade desfavorável do acusado, não há que se falar em redução de pena. 2. A redução da pena pelas atenuantes deve ser aplicada na fração de 1/6 da pena. 3. Diante da qualidade e da considerável quantidade de drogas apreendidas, impõe-se a manutenção do regime fechado, por ser ele mais recomendável para os fins de prevenção e reprovação do delito. 3. Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena quando o réu não preenche os requisitos legais do artigo 44 e 77 do Código Penal" (fl. 33).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em síntese, a ocorrência de "*clara e evidente violação ao princípio da individualização da pena*" (fl. 2). Isso porque a pena-base teria sido fixada muito acima do mínimo legal, desamparada de fundamentação idônea, considerando-se negativos os vetores culpabilidade e dos motivos do crime.

Alega, ademais, que a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, teria sido aplicada na fração mínima em função da grande variedade das drogas apreendidas (art. 42 do Código Penal), circunstância esta já considerada na primeira fase da dosimetria, incorrendo em flagrante **bis in idem**.

Aduz, ainda, que a col. Corte **a quo** "*invocou, de forma inapropriada e genérica, a variedade e quantidade do entorpecente para fixar o regime inicial fechado para início do cumprimento da pena, o que a nosso ver, é desproporcional*" (fls. 4-5).

Ressalta, por fim, que a jurisprudência do Pretório Excelso firmou-se no sentido de que "*o tráfico privilegiado é crime comum, devendo ser dele rechaçado a pecha de hediondo e, conseqüentemente, o cumprimento inicial da pena em regime fechado e a fração de 2/5 para fins de progressão de regime*" (fl. 5).

Requer, assim, o afastamento da hediondez do delito de tráfico e da valorização negativa das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o reconhecimento do **bis in idem** na terceira fase da dosimetria, elevando a fração redutora no seu patamar máximo, e a fixação de regime inicial mais benéfico para início de cumprimento da reprimenda.

O em. Ministro Ribeiro Dantas, relator do processo, não conheceu do **habeas corpus**. Entendeu Sua Excelência, na ocasião, que o **quantum** de elevação da pena na primeira fase da dosimetria (2 anos) não se mostrou desproporcional a autorizar a intervenção excepcional desta Corte e, ainda, que utilizando, o eg. Tribunal mineiro a quantidade da droga para majorar a pena-base e a variedade para modular o índice da minorante, afastado está o alegado **bis in idem**. Quanto ao regime, manteve o mais gravoso, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal). Negou a substituição pelo **quantum** da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão referente à dosimetria.

Na hipótese, constata-se que o eg. Tribunal **a quo**, manteve a valoração negativa da expressiva quantidade da droga apreendida - 21 porções de maconha, pesando 374,80 g, 65 microtubos plásticos de cocaína, pesando 52,72 g, 11 invólucros de crack, pesando 30,54g e 94 invólucros de crack, pesando 720,74g - para justificar o aumento da 2 (dois) anos na pena-base, com amparo no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Presente a atenuante da confissão espontânea, reduziu a pena em 1/6 (um sexto) na fase intermediária. Na terceira e derradeira fase da dosimetria, manteve a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, modulando a fração em 1/6 (um sexto) em decorrência da variedade da droga (maconha, cocaína e crack).

Transcrevo, oportunamente, o excerto do v. acórdão combatido, **verbis**:

"Analisando-se as circunstâncias judiciais, tenho que, embora os motivos do crime sejam próprios do delito de tráfico de drogas, a pena imposta ao apelante não merece redução.

*É que, diante da **culpabilidade** desfavorável do acusado, **mormente levando-se em conta a quantidade de drogas apreendidas - 21 porções de maconha, pesando 374.80g, 65 microtubos plásticos de cocaína, pesando 52,72g, 11 invólucros de crack, pesando 30,54g e 94 invólucros de crack, pesando 720,74g - justificada está a apenação acima do mínimo legal previsto.***

Assim, na primeira fase da dosimetria da pena, mantenho a pena do réu em 07 (sete) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, entendo que a r. sentença merece uma pequena reforma, pois, conforme jurisprudência e doutrina majoritárias, o quantum de redução ou de aumento pelas atenuantes e agravantes deve ser na fração de 1/6.

Assim, ausentes circunstâncias agravantes, mas presente a atenuante da confissão, reduzo a pena provisória do réu em 1/6, alcançando o patamar de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase de aplicação da pena, pugna a Defesa pela aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, ao argumento de que o magistrado 'a quo' considerou a variedade da droga tanto na primeira fase, quanto na terceira, o que configura bis in idem.

Razão, mais uma vez, não lhe assiste.

A lei não trouxe critérios para a fixação da fração de redução da pena pelo privilégio, havendo um consenso na doutrina e na jurisprudência que a quantidade e a qualidade das drogas, bem como as balizas do artigo 59, do Código Penal, são um norte para a redução da pena pelo privilégio previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Coaduno, ainda, com o entendimento de que não configura bis in idem o exame da quantidade da droga para fixação da pena em uma fase do sistema trifásico e da natureza em outra fase da dosimetria da pena, apenas não podendo haver a consideração de apenas um dos critérios (quantidade ou qualidade), simultaneamente, nas duas fases da dosimetria da pena.

No caso em apreço, o ilustre sentenciante majorou a pena base do acusado em razão da elevada quantidade de drogas apreendida, reduzindo-a, na terceira fase, em 1/6, considerando a variedade das substâncias entorpecentes.

Não há que se falar, assim, em bis in idem na aplicação da pena.

Vale consignar, ainda, que, embora Wellington seja primário, ficou comprovado nos autos que mantinha em depósito grande quantidade e variedade de droga, equivalente a 21 porções de maconha, pesando 374,80 g, 65 microtubos plásticos de cocaína, pesando 52,72 g, 11 invólucros de crack, pesando 30,54 g e 94 invólucros de crack, pesando 720,74 g, o que, a meu ver, indica que ele não é traficante de 'primeira viagem'.

Assim, tenho que, no caso em tela, o apelante sequer fazia jus à causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Ocorre que, como não houve recurso ministerial neste ponto, a minorante deverá ser mantida, sob pena de violação ao princípio da 'non reformatio in pejus'.

Desta forma, considerando que o acusado sequer fazia jus à redução da pena pelo privilégio e levando-se em conta a variedade de drogas apreendidas, mantenho a fração de redução de 1/6 à causa de diminuição de pena.

Assim, na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena, e presente a minorante do artigo 33, § 4º,⁹ da Lei 11.343/06, reduzo a pena provisória em 1/6, concretizando-a em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor mínimo legal.

Regime

[...]

No caso em tela, entretanto, **a expressiva quantidade e a qualidade das drogas apreendidas, quais sejam, 21 porções de maconha, pesando 374,80 g, 65 microtubos plásticos de cocaína, pesando 52,72 g, 11 invólucros de crack, pesando 30,54g e 94 invólucros de crack, pesando 720,74g, justificam a imposição de regime mais severo para o cumprimento da pena.**

Substituição

Incabível, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como a concessão do sursis, tendo em vista que o réu não preenche os requisitos legais dos artigos 44 e 77 do Código Penal, em face do quantum da pena ora imposta" (fls. 38-43, grifei).

Verifica-se do excerto acima transcrito que o art. 42 da Lei de Drogas foi utilizado na primeira fase da dosimetria, para elevar a pena-base considerando a **quantidade**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do entorpecente, e na terceira e derradeira fase, para modular a fração do redutor do § 4º da mesma lei, desta vez considerando a **qualidade/variedade** da droga apreendida.

No entanto, insta consignar que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, da relatoria do em. Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da 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.

Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgado:

*"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).*

Desta forma, verifica-se que o atual entendimento do Pretório Excelso sobre o tema, formado sob o regime de repercussão geral, 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 da 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). Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste Superior Tribunal de Justiça.

No caso dos autos, entretanto, as circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei n. 11.343/2011 foram consideradas, **separadamente**, na primeira e na terceira fases, ou seja, **a quantidade das drogas apreendidas foi utilizada para elevar a pena-base e a variedade dos entorpecentes para modular a fração da causa de diminuição do art. 33, § 4º, do Estatuto das Drogas**, o que, a meu ver, após análise mais criteriosa do tema, contraria o entendimento firmado pela eg. Suprema Corte em sede de repercussão geral (ARE n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

666.334/AM), configurando indevido **bis in idem**.

Nesse sentido, manifestou-se claramente o eg. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, por maioria, do HC n. 121.853/PR, em 13/5/2014, da relatoria do em. Ministro Luiz Fux, de cujo acórdão colaciono os seguintes excertos, importantes à espécie:

"Conforme relatado, a controvérsia dos autos refere-se à consideração da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena imposta ao paciente, bem como sobre a possibilidade de fixação do regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado.

[...]

Todavia, o caso em exame apresenta ilegalidade do quantum da reprimenda, em razão da consideração da natureza e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente para aumentar a pena-base e também servir como critério para fixar a fração da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006, o que justifica a concessão da ordem para sanar a flagrante ilegalidade.

Embora as instâncias ordinárias tenham considerado a natureza na primeira fase e a quantidade para fixar o quantum da causa de diminuição de pena, entendo que essas circunstâncias (natureza e quantidade) devem ser consideradas em conjunto, não podendo ser dissociadas para isoladamente servirem para majorar a reprimenda do réu.

A questão discutida nos autos foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgado realizado pelo Plenário, ocorrido em 19/12/2013, na análise dos HC 112.776/MS e HC 109.193/MS, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki.

[...]

In casu, o magistrado de primeiro grau, na sentença condenatória considerou a natureza da droga apreendida em poder do paciente (5Kg de crack), para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou da quantidade da droga para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), nos seguintes termos:

[...]

Deveras, a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente foi utilizada tanto para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria, quanto serviu de critério para fixar a causa de diminuição de pena em patamar abaixo do máximo previsto no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006 na terceira fase, ocorrendo o vedado bis in idem, conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal."

Não obstante o posicionamento da eg. Corte Suprema acima transcrito, verifico que a matéria vem sendo julgada em sentido contrário por esta e pela Sexta Turma deste Tribunal. Nesse sentido, os AgRg no HC n. 332.638/SC, Rel. Min. **Jorge Mussi**; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 273.799/ES, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**; HC n. 312.818/SP, Rel.^a. Min.^a. **Maria Thereza de Assis Moura**; e HC n. 295.505/SP, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, precedentes estes citados no presente caso pelo em. relator, Ministro Ribeiro Dantas.

Portanto, ao menos por ora, diante do cenário que se apresenta e em respeito ao princípio da colegialidade, acompanho integralmente o voto do em. Relator.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0204105-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.463 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00341641320158130071 0040096792015 00400967920158130071 10071150040096001
341641320158130071 40096792015 400967920158130071

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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 : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARCELO GERALDO DE OLIVEIRA - MG142981
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELLINGTON ROGERIO LAU (PRESO)

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:

"Prosseguindo no julgamento, 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.