



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.394 - SP (2017/0210952-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LEILA ROCHA SPONTON - SP246729
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO AMORIM DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. **BIS IN IDEM**. REPERCUSSÃO GERAL. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Esta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

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

V - No caso dos autos, as instâncias ordinárias divergem do atual entendimento jurisprudencial do **eg. STF**, no sentido de que as circunstâncias relativas à quantidade e à natureza das drogas apreendidas somente podem ser utilizadas *“na primeira ou na terceira fase dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem”* (RHC n. 117.990/ES, Rel. Min. **Luiz Fux**, **Primeira Turma**, DJe de 5/6/2014, v.g.).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, limitando-se a utilizar a circunstância relativa à natureza e à quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena. Prejudicados os demais pedidos formulados.

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, conceder "Habeas Corpus" de ofício e julgou prejudicados os demais pedidos formulados, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 17 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.394 - SP (2017/0210952-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LEILA ROCHA SPONTON - SP246729
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO AMORIM DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de DIEGO AMORIM DA SILVA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0081487-17.2015.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 15-22).

Irresignada, a defesa do paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, conforme v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO TRÁFICO DE DROGAS Apreensão de 799 porções de cocaína, 536 de maconha e 202 de “crack” - Materialidade e autoria comprovadas, notadamente pelos relatos seguros e coesos dos policiais militares, que apreenderam expressiva quantidade de drogas e dinheiro em bolsa dispensada pelo réu - Alegação de mero olheiro isolada - Condenação mantida - Pena-base timidamente fixada acima do mínimo legal - Circunstância desfavorável representada pela grande quantidade, variedade e extremada lesividade dos tóxicos apreendidos delineando dolo exacerbado, a exigir incremento mais significativo, consoante artigo 42 da Lei nº. 11.343/06 - Dedicção à atividade criminosa evidenciada pelo acervo probatório, algo inconciliável com o privilégio equivocadamente reconhecido em primeiro grau, vedada a revisão do julgado nesta parte ante a lamentável inércia da Justiça Pública - Regime prisional fechado único adequado ao crime de natureza hedionda cometido, a par da circunstância adversa reconhecida igualmente incondizente com retiro menos severo a substituição da corporal por restritivas de direitos - Recurso da Defesa improvido" (fl. 40).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Para tanto, sustenta, que *"O regime inicial fechado e a negativa de substituição por pena restritiva de direitos foram fixadas com fundamento na gravidade em abstrato do delito de tráfico, na previsão da Lei nº 8.072/90 e na equiparação do tráfico a delito hediondo, não tendo indicado um único motivo concreto para negar ao paciente o cumprimento de pena no regime aberto ou a restrição de direitos"* (fl. 3).

Menciona, também, que *"[...] o simples fato de o paciente ter sido processado pelo cometimento de um tráfico não enseja o estabelecimento de regime severo pela sua gravidade, não podendo ser suscitada pelo juízo para a fixação de regime mais gravoso. Tal procedimento contraria inclusive enunciado sumular do STF"* (fl. 4), ou seja, Súmulas nºs 718 719 do STF.

Por fim, aduz, que *"[...] a fundamentação exarada para a determinação do cumprimento de pena em regime inicial fechado, bem como para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é inidônea"* (fl. 9).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime aberto para cumprimento da pena, bem como a substituição por restritiva de direitos.

Pedido liminar **deferido**, às fls. 65-68, para que se observe em relação ao paciente o regime **semiaberto** até o julgamento final deste **habeas corpus**.

Informações prestadas às fls. 76-77.

O Ministério Público Federal, às fls. 102-109, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e pela concessão da ordem de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. Eis a ementa ao parecer:

"HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO A PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NOCIVIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NÃO RECOMENDADA. PRECEDENTES DESSE AUGUSTO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, DE OFÍCIO.

– A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

– Não obstante a pena final seja inferior a 4 anos de reclusão, não mostra-se recomendável a fixação do regime inicial aberto, diante da gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e nocividade das drogas apreendidas, elementos que, inclusive, foram sopesados na dosimetria da pena. Todavia, é desproporcional a fixação do regime inicial fechado diante da pena imposta, 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável, portanto, a fixação do regime inicial semiaberto.

– Não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

– Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão parcial da ordem de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto" (fl. 102).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.394 - SP (2017/0210952-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LEILA ROCHA SPONTON - SP246729
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO AMORIM DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. **BIS IN IDEM**. REPERCUSSÃO GERAL. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO**. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Esta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade*” (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

IV - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

V - No caso dos autos, as instâncias ordinárias divergem do atual entendimento jurisprudencial do **eg. STF**, no sentido de que as circunstâncias relativas à quantidade e à natureza das drogas apreendidas somente podem ser utilizadas *"na primeira ou na terceira fase dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem"* (RHC n. 117.990/ES, Rel. Min. **Luiz Fux**, **Primeira Turma**, DJe de 5/6/2014, v.g.).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, limitando-se a utilizar a circunstância relativa à natureza e à quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena. Prejudicados os demais pedidos formulados.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

O d. Juiz de primeiro grau majorou a pena-base do crime de tráfico em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, considerando como desfavorável, nos termos do art. 42. da Lei n. 11.343/06, a **quantidade e natureza da droga** (cocaína). Na terceira fase, reconheceu a incidência da redutora do tráfico privilegiado, diminuindo a pena imposta em 1/2 (metade) em razão da **quantidade expressiva de drogas apreendidas**. Destaco os seguintes trechos da r. sentença condenatória:

*"O réu é primário, contudo, observando-se os elementos norteadores contidos nos artigos 59 e 60 do Código Penal e ainda o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, dada a quantidade e sua natureza nociva da droga - cocaína - a revelar elevado e devastador efeito psicotrópico, autoriza-se a fixação da pena acima do mínimo legal, vez que tais circunstâncias excedem o desvalor inerente ao tipo. Majoro a pena base em um sexto e fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Relevo que a jurisprudência vem na linha do entendimento do juízo, confira-se: "A natureza nociva da substância entorpecente apreendida - cocaína - constitui fundamentação idônea a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, pela desfavorabilidade das conseqüências do delito." (HC 141092/MS). Não há circunstâncias agravantes, mas presente a atenuante da menoridade, pelo que se reduz a pena ao mínimo legal. Na terceira fase, em atenção ao artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, que inovou ao estabelecer causa de diminuição de pena calcada na primariedade e bons antecedentes do acusado que não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, **reduzo as penas na metade**, estabelecendo-as em definitivo em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta dias-multa), na ausência de causas de aumento da pena. **Saliento que à vista da quantidade expressiva de entorpecentes, 799 porções de cocaína, 536 pedras de crack e 202 de maconha, inviável a diminuição da pena no máximo previsto em lei.** Ora, é que pese não se poder desde logo reconhecer no réu a figura de criminoso contumaz, já que não ostenta antecedentes, indica-se a envolvimento em atividade estruturada do comércio de drogas. O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado e assim porque a fixação de regime mais brando é insuficiente para a prevenção e a repressão da prática de crimes da natureza do cometido pelo réu, suficiência que é*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norteadora também da fixação do regime inicial de cumprimento de pena (artigo 59, *ilí do Código Penal*). Ademais, considera o Juízo não existir exata correspondência entre a fixação da pena-base e o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, eis que, embora sejam calcadas nas mesmas circunstâncias judiciais, são etapas distintas da determinação da reprimenda a ser imposta ao agente do crime e estas fases estão sujeitas à suficiência para a reprovação e a prevenção da prática do delito, suficiência que nem sempre se mostra igualmente presente na avaliação da pena-base e do regime inicial de cumprimento da pena final fixada. Deixo nesta altura de considerar desde logo o tempo de prisão cautelar para detração, por não satisfeito o requisito objetivo - tempo de custódia. Pelas razões já expostas quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, entendo insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (fls. 20-21. grifei).

O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, manteve a pena imposta com base nos seguintes fundamentos:

"O fato de se considerar a quantidade ou natureza dos entorpecentes na primeira etapa da dosimetria, como é óbvio, não impediria que a circunstância fosse valorada também ao se analisar questão atinente à causa de diminuição de pena, porquanto a situação reflete ou repercute em momentos e para fins distintos, também sem configurar bis in idem, consoante vários e recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além daqueles julgados acima apontados.

A providência, ao contrário, traduz racionalidade, mesmo porque as circunstâncias negativas observadas agora neste momento configuram consequências distintas daquelas norteadoras do cálculo da basilar, as quais, obrigatoriamente, devem ser ainda observadas para aquilatação dos requisitos indispensáveis ao reconhecimento do privilégio.

Se assim não fosse, deparar-se-ia com estapafúrdia obrigatoriedade de se aplicar o redutor diante de tráfico de grande monta, nitidamente exclusivo e próprio de organização criminosa ou de traficante com dedicação a tal atividade ilícita.

A tese relativa ao bis in idem parte da premissa de que o magistrado deveria optar por considerar a quantidade e natureza do tóxico no cálculo da pena-base ou, então, quando da análise sobre o reconhecimento da causa de diminuição objeto do artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, algo sem sentido, ainda mais diante de agente responsável pelo "fluxo" enorme e variado volume de drogas, a evidenciar, de forma clara, qualquer dos impedimentos legais (dedicação a atividade criminosa ou participação em organização espúria).

[...]

Despropositadas, também, a substituição da corporal por restritivas de direitos e a concessão do sursis, providências no caso claramente insuficientes à repressão e prevenção do delito de natureza hedionda, representando mesmo incentivo à criminalidade, além do que as circunstâncias judiciais adversas anotadas tornam sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido discussão aprofundada da matéria (artigos 44, incisos I e III e 77, caput, inciso II, ambos do Código Penal).

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da carcerária é o único adequado ao tráfico, consoante a Lei nº. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07, sem se ignorar que o quadro negativo antes apontado também se mostra inconciliável com retiro menos severo.

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno também da maior severidade decorrente de dispositivo constitucional (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através de circunstância judicial desfavorável (posse de expressiva quantidade e variedade de drogas altamente nocivas à higidez física ou psíquica da população), a par do cometimento de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

[...]

A providência é absolutamente necessária, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime imposto como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente prejudicada" (fls. 95-95, griefi).

Nota-se, pois, que o d. Juízo de primeiro grau, **ratificado pelo eg. Tribunal de origem**, considerou a **quantidade e natureza da droga** para exasperar a pena-base na primeira fase da dosimetria, bem como para definir a fração da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na terceira fase, incidindo em **bis in idem**.

O excelso **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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 eg. **STF** sobre o tema, firmado sob 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, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS TAMBÉM NA PRIMEIRA FASE. BIS IN IDEM. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PEDIDOS PREJUDICADOS. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Segundo entendimento firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM, contudo, fica vedada a utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de indevido bis in idem (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).

5. Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito estão prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e afaste o bis in idem identificado, verificando, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de deferimento da permuta legal do art. 44 do CP" (HC n. 374.305/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 22/3/2017).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM BASE NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO TAMBÉM UTILIZADO NA TERCEIRA FASE DO CÁLCULO DA REPRIMENDA PARA OBSTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM SEU PATAMAR MÁXIMO. BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. O Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Habeas Corpus n. 109.193/MG e 112.776/MS, nos quais o Plenário consagrou a orientação de que a utilização da quantidade e qualidade da droga tanto na fixação da pena-base como na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 configura dupla valoração inadmissível. Além disso, em repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, reafirmou-se que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria.

2. Na espécie, as instâncias ordinárias aumentaram a pena-base, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida em poder da agravante. Entretanto, afastaram a aplicação do benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, em vista, também, da quantidade e da natureza da droga apreendida, incidindo em inaceitável bis in idem.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 360.257/RO, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 16/2/2017).

Desse modo, tem-se que as instâncias ordinárias divergem do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça, na medida em que consideraram a **natureza e quantidade da droga** apreendida na **primeira** e na **terceira** fase da dosimetria, caracterizando indevido **bis in idem** quando da fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena.

Necessária, portanto, a remessa dos autos à Corte **a quo**, para que, a par do **bis in idem** ora constatado, proceda ao redimensionamento da reprimenda imposta ao paciente.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Todavia, **concedo a ordem, de ofício**, para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, limitando-se a utilizar a circunstância relativa à natureza/quantidade de drogas em somente uma das etapas do cálculo de pena. Prejudicados os demais pedidos formulados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0210952-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 413.394 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0081487172015 00814871720158260050 17452015 20160000797583 48072015 5172015
81487172015 814871720158260050

EM MESA

JULGADO: 17/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LEILA ROCHA SPONTON - SP246729
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO AMORIM DA SILVA (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:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedeu "Habeas Corpus" de ofício e julgou prejudicados os demais pedidos formulados, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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