



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.566 - SP (2015/0268309-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO ALVES DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NULIDADE DECORRENTE DA ILICITUDE DA PROVA. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O *QUANTUM* DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Os temas referentes à nulidade decorrente da ilicitude da prova e à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Caso a Defesa entendesse ter havido omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal Bandeirante, deveria ter suscitado o vício perante a Corte de origem por meio de embargos de declaração, o que não ocorreu. Tendo em vista que a temática não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar a pecha ora apontada.

2. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para determinar o *quantum* de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade, a natureza e a variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 15 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.566 - SP (2015/0268309-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO ALVES DE SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de MAURÍCIO ALVES DE SOUZA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0038718-28.2014.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 9 (nove) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e 1325 dias-multa. Eis o teor do *decisum*, no que interessa:

(...)

De rigor, pois, a condenações do réu por infração ao artigo 33, "caput", em concurso material com o artigo 35, ambos da Lei nº 11.343/06, resta, enfim, a fixação de sua pena, isso porque não existem circunstâncias excludentes da ilicitude ou que o isentem de sanção.

Neste mister, bem sopesados os elementos norteadores do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, cumpre reconhecer que o réu, embora primário e sem antecedentes (fls. 104), guardavam enorme grande quantidade e variedade de entorpecentes, demonstrando sério envolvimento com o narcotráfico, merecedor, por isso, da pena-base fixada em 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa para o crime do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Presente a atenuante da menoridade, reduzo a pena em um sexto, perfazendo 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa.

Incabível, por aqui, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, isso porque a enorme quantidade e variedade de entorpecentes indica que o réu se dedicava a atividades ilícitas e ainda integrava organização criminosa.

Já se decidiu que "embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade de droga apreendida - 861 g (oitocentos e sessenta e um gramas) de "maconha" - aliada às circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades delituosas... Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido" (HC 205.964/SP, Rei. Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 11/10/2011, DJe 20/10/2011).

Mesmo que assim não fosse, como por aqui foi reconhecida a figura do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de associação para o tráfico, mostra-se inaplicável o redutor em questão.

Quanto ao crime do artigo 35, "caput", da Lei nº 11.343/06, inexistindo circunstâncias que justificassem algum acréscimo, fixo a pena-base em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Reconhecido que os crimes de tráfico e de associação para o tráfico foram praticados em concurso material, consoante dispõe o artigo 69, do Código Penal, torno a pena do réu definitiva em 9 anos e 3 meses de reclusão e 1325 dias-multa.

Não bastasse a gravidade dos crimes praticados pelo réu e a quantidade de pena a ele aplicada, mostra necessária a fixação do regime fechado, isso porque a enorme quantidade e variedade de drogas indicam que a conduta criminosa, atingiria número indeterminado de pessoas, causando inúmeros malefícios à ordem social (fls. 21/23).

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso da acusação e deu parcial provimento ao da defesa para absolver o paciente da acusação de associação para o tráfico, bem como para reduzir a sanção relativa ao crime de tráfico para 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, e 520 dias-multa, mantido o regime fechado. Confira-se:

Declaram ainda, que em seguida, o apelante informou que havia mais drogas em um barraco nas proximidades, para onde se dirigiram e encontraram a maconha, as 5.077 pedras de crack, 5.090 porções de cocaína, além de duas balanças de precisão.

Por todos esses elementos, isto é, quantidade de droga, forma como estava embalada, e a denúncia anônima, a conclusão que se chega é que realmente o apelante dedicava-se ao tráfico.

Entretanto, como bem ressaltou o culto fiscal da lei em seu percuciente parecer, o crime autônomo de associação para o tráfico não restou caracterizado, pois como bem observou não houve qualquer preocupação de se investigar com mais profundidade a tal "associação" a que pertenceria o apelante; nem mesmo sua esposa, que foi apontada como "associada", foi investigada, ou pelo menos nada existe nos autos nesse sentido.

Por outro lado, um dos policiais afirmou que o apelante admitiu que sua casa era utilizada para guardar entorpecentes, a troco de pagamento de aluguel, e isso não o torna associado a organização criminosa.

No tocante às penas, vê-se que foram elas, na primeira fase, fixadas em metade acima do mínimo em razão da grande quantidade de entorpecentes, o que se justifica.

Também correta a redução de um sexto em razão da menoridade do apelante.

Pela mesma circunstância, isto é, grande quantidade de entorpecente, aplica-se o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei de Tóxicos em apenas um sexto, ficando as penas, assim, definitivamente fixadas em cinco anos, dois meses e quinze dias de reclusão e 520 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Nesse aspecto, não há que se falar em dupla valoração de uma mesma circunstância, tratando-se apenas de utilização desse indicador em momentos distintos da dosimetria penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O recurso da acusação, ainda na esteira do bem lançado parecer, é improcedente, pois o fato do encontro do entorpecente ter ocorrido próximo de uma escola não significa dizer que os alunos dessa instituição seriam os alvos do mercador de droga.

III - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da acusação e dá-se parcial provimento ao da defesa para absolver o apelante da acusação de associação para o tráfico, com fundamento no artigo 386, VII da Lei de Tóxicos, e ainda para reduzir as penas impostas para o crime de tráfico para cinco anos, dois meses e quinze dias de reclusão, e 520 diárias, no piso, mantido o regime prisional fechado (fls. 60/64) (grifou-se).

Neste *writ*, sustenta o impetrante que a Defesa pleiteou, na apelação, o reconhecimento da ilicitude da prova. Contudo, o pedido não foi analisado. Alega que parte das provas releva-se ilícita, dada a entrada no domicílio do paciente fora das hipóteses constitucionais. Entende não ser válido o argumento policial de que obteve o consentimento do morador. Invoca a inviolabilidade de domicílio.

Defende que "a autorização para a violação do domicílio, nos casos de flagrante delito, depende de um estado de flagrância claro, constatado antes da invasão do domicílio e passível de demonstração posterior. As suspeitas, fundadas em relatos declarados ou ocultos, devem ser submetidas a prévia autorização judicial, mediante representação". Portanto, a prova que ensejou a condenação é ilícita, sendo de rigor a absolvição.

De outra parte, pretende a aplicação máxima do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, sob a alegação de *bis in idem* na consideração da quantidade e variedade da droga para elevar a pena-base e para negar tal benefício. Alternativamente, requer seja afastado o aumento da pena-base ou diminuída a sanção, na terceira fase, no patamar mínimo.

Por fim, asseve que a Corte estadual deixou de fundamentar a manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da pena, embora a Defesa tenha pleiteado o regime aberto nas razões da apelação. Invoca as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Aduz que, como o paciente é primário e não ostenta maus antecedentes, e que é caso de aplicação máxima do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é cabível a aplicação do regime aberto e a substituição da pena por medidas restritivas de direitos. Argumenta que, mesmo se mantida a pena anterior, admite-se o regime semiaberto. E, caso se entenda pela supressão de instância, pretende seja determinado o julgamento pelo Tribunal de origem.

Pugna pela concessão da ordem a fim de anular o processo diante da ilicitude da prova. Subsidiariamente, pleiteia: a) a aplicação do redutor no patamar máximo, ou a fixação da pena-base no patamar mínimo; b) a fixação do regime aberto ou semiaberto; c) a substituição da pena por medidas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida às fls. 68/70.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral João Francisco Sobrinho, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 74/77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.566 - SP (2015/0268309-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NULIDADE DECORRENTE DA ILICITUDE DA PROVA. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O *QUANTUM* DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Os temas referentes à nulidade decorrente da ilicitude da prova e à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Caso a Defesa entendesse ter havido omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal Bandeirante, deveria ter suscitado o vício perante a Corte de origem por meio de embargos de declaração, o que não ocorreu. Tendo em vista que a temática não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar a pecha ora apontada.

2. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para determinar o *quantum* de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade, a natureza e a variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Da atenta leitura do acórdão guerreado, verifica-se que os temas referentes à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidade decorrente da ilicitude da prova e à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Não tendo sido as matérias em apreço enfrentadas pela Corte de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por esta Corte Superior. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTOS DA SEGREGAÇÃO E EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIAS NÃO ENFRENTADAS PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO MANDAMUS. INDEFERIMENTO SUMÁRIO DA INICIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. As questões referentes à ausência de fundamentação da custódia cautelar, bem como em relação ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, não foram debatidas pelo Tribunal originário, que declarou a incompetência do Relator originário para julgar o mandamus, diante da prevenção de outro Relator.

2. Não tendo as matérias deduzidas na impetração sido examinadas pela Corte Estadual, inviável o seu exame diretamente por este STJ, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância.

3. Constatado que não havia como dar-se seguimento ao presente remédio constitucional, merece mantida a decisão agravada que indeferiu liminarmente o pedido, por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 310.268/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. (...) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM. PLEITO DE REDUÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COGNIÇÃO IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

5. O pleito de redução do quantum de aumento da pena pela agravante da reincidência, quanto ao primeiro paciente, não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto ao paciente WALLISON MACEDO PINTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 234.720/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014)

Mister registrar que, caso a Defesa entendesse ter havido omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal Bandeirante, deveria ter suscitado o vício perante a Corte de origem por meio de embargos de declaração, o que não ocorreu na espécie. Tendo em vista que a temática não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar a pecha ora apontada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (...) NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Caso a Defesa entendesse ter havido omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal gaúcho, deveria ter suscitado a pecha perante a Corte de origem, o que não ocorreu. Tendo em vista que temática não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar o vício ora apontado.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.317/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES SUSCITADAS PERANTE A CORTE ORIGINÁRIA. EVENTUAL OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU AMBIGUIDADE QUE DEVERIAM TER SIDO DEDUZIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSTRANGIMENTO INOCORRENTE.

1. Tendo a Corte a quo apreciado e decidido as matérias postas na impetração originária, como determinam as leis processuais e, em especial, o art. 93, IX, da Constituição Federal, não há o que se falar em nulidade do aresto.

2. Eventual omissão, contradição, obscuridade ou ambigüidade, ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo má interpretação das razões esposadas na inicial, deveria ter sido deduzida em sede de embargos de declaração, no momento processual oportuno.

(...)

(HC 95.721/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2008, DJe 09/03/2009)

No mais, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas, a saber: 5.077 mil pedras de *crack*, 5.090 *eppendorfs* de cocaína (peso total de ambos de 2.847,8 g) e 15 tijolos de maconha (peso total de 11.606,6 g) (fl. 13).

Do mesmo modo, a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 foi aplicada em patamar inferior ao máximo com supedâneo na quantidade das substâncias entorpecentes encontradas em poder do paciente, elemento este já levado em consideração quando da fixação da pena-base.

Embora seja legítima a exasperação da pena-base com fulcro na quantidade de drogas, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que a mesma circunstância foi utilizada em duas fases da dosimetria, ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

Mister destacar que não se olvida o entendimento reiteradamente adotado por esta Corte no sentido de que seria plenamente possível a utilização da quantidade e/ou natureza da droga apreendida como fundamento para exasperar a reprimenda na primeira etapa da dosimetria, e, ainda, na terceira fase, para fins de a eleição do *quantum* de redução pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (v. g., HC n.º 229.691/MG, de minha relatoria, DJe 17.12.2013; AgRg no REsp n.º 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20.11.2013; AgRg no AREsp n.º 300575/SE, Ministra Marilza Maynard, DJe 13.9.2013).

Ocorre que, em decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

Confira-se, por oportuno, a notícia publicada no Informativo n.º 733/STF, de 16 a 19 de dezembro de 2013:

(...)

Caracteriza *bis in idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. Por outro lado, não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena. Essa a orientação do Plenário que, em face de divergências entre as Turmas quanto à interpretação e à aplicação do art. 42 da Lei 11.343/2006, tivera a questão jurídica controvertida submetida à sua apreciação (RISTF, art. 22, parágrafo único).
(...)

Dessarte, em meu sentir, ainda que a decisão proferida pela Suprema Corte não seja dotada de caráter vinculante, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena, deve ser abandonado o posicionamento que vinha sendo perfilhado por este Sodalício, a fim de se reconhecer a existência de *bis in idem* em razão da utilização dos mesmos fundamentos para majorar a sanção corporal em mais de uma etapa da dosimetria.

Com efeito, no momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade, à natureza e à diversidade das drogas devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

No mesmo diapasão:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. POSIÇÃO DO PLENÁRIO DO STF.

1. A jurisprudência desta Corte estava sedimentada no sentido de que a utilização da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não caracteriza *bis in idem* (HC n. 229.691/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2013; AgRg no REsp n. 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20/11/2013).

2. No julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a utilização da quantidade e qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

3. Diante da posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1225059/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Assim, deve ser anulado o aresto guerreado, no tocante à dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **concedo a ordem, de ofício**, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade, a natureza e a variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0268309-1

HC 339.566 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00387182820148260050 387182820148260050 9222014

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO ALVES DE SOUZA

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.