



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.313 - RJ (2015/0107444-3)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO
ADVOGADO : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDSON FERREIRA FARIA (PRESO)
PACIENTE : MARCOS DA SILVA MOTA (PRESO)
PACIENTE : NIVALDO CASSIMIRO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA FIXAR NO PATAMAR MÍNIMO A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO (§ 4º). *BIS IN IDEM*. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PEDIDOS PREJUDICADOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– Esta Corte firmou o entendimento de que há *bis in idem* quando a quantidade de droga é levada em consideração para elevar a pena-base e também para impedir a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo.

– A análise dos pedidos referentes ao regime prisional e à substituição da reprimenda por restritiva de direitos fica prejudicada em razão da possibilidade de alteração da pena do paciente pelo Tribunal a *quo*.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, escolhendo em qual das fases serão levadas em consideração a quantidade ou a natureza da droga.

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, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.313 - RJ (2015/0107444-3)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO
ADVOGADO : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDSON FERREIRA FARIA (PRESO)
PACIENTE : MARCOS DA SILVA MOTA (PRESO)
PACIENTE : NIVALDO CASSIMIRO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDSON FERREIRA FARIA, MARCOS DA SILVA MOTA e NIVALDO CASSIMIRO DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferido na Apelação n. 0266123-37.2013.819.0001.

Depreende-se dos autos que EDSON foi condenado à pena de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão; MARCOS e NIVALDO à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, todos pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/06. Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (fl. 178):

TRÁFICO DE DROGA (ARTIGO 33, CAPUT, COMBINADO COM O ARTIGO 40, V, DA LEI 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1º) ANULAÇÃO DO PROCESSO - QUANDO APRESENTOU SUAS A. FINAIS, A DEFESA NÃO ARGUIU A OCORRÊNCIA DE NULIDADE, LOGO, QUE SERIA RELATIVA, CONFIGUROU-SE A PRECLUSÃO CONSUMATIVA (ARTIGOS 571, II, E 572, I, DO CPP). E MAIS. NO CASO CONCRETO, ERA IRRELEVANTE A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA DATILOSCÓPICA (NAS EMBALAGENS QUE CONTINHAM O TÓXICO). TAMBÉM OBSERVO QUE NÃO HOUVE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO (ARTIGO 563, DO MESMO DIPLOMA). REJEIÇÃO DA PRELIMINAR; MÉRITO. 2.1 EXISTÊNCIA DE PROVA, ROBUSTA E CRISTALINA, QUE AGASALHA O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO PUNITIVA; 2.2) A ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (MAIS DE 40 KG), CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE (ARTIGO 42, DA LEI 11.343/06), AUTORIZA O INCREMENTO DA PENA-BASE; 2.3) AO SER INTERROGADO, O ACUSADO EDSON F. FARIA NÃO RATIFICOU A PRETÉRITA CONFISSÃO OBTIDA NA FASE INQUISITORIAL. PORTANTO, REVELA-SE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADMISSÍVEL A ALMEJADA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DESCRITA NO ARTIGO 65, III, ALÍNEA "D", DO CP; 2.4) NÃO É SUFICIENTE QUE O CONDENADO OSTENTE PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. O § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06, DIRIGE-SE AO INEXPRESSIVO TRAFICANTE, JAMAIS PODENDO ALCANÇAR QUEM, VISANDO À ILÍCITA MERCANCIA, REALIZA TRANSPORTE INTERESTADUAL DE 43,6KG DE COCAÍNA; 2.5) A PENA CORPORAL DE EDSON É SUPERIOR A OITO ANOS. QUANTO AOS DEMAIS RÉUS, EMBORA O STF, EM CONTROLE DIFUSO, TENHA PROCLAMADO A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME FECHADO ESTABELECIDO NA LEI 8.072/90, NESTA LIDE, O FECHADO É O ÚNICO QUE SATISFAZ OS BINÔMIOS CONTIDOS NO ARTIGO 59, CAPUT, DO CP. DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

O impetrante sustenta ser desproporcional a elevação da pena-base em 3 anos com base na quantidade de droga (40 kg de cocaína). Alega ausência de fundamentação idônea para justificar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar mínimo de 1/6. Ressalta que a utilização da quantidade de droga para exasperar a pena-base e impedir a aplicação da redutora caracteriza *bis in idem*. Por último, afirma que a fixação do regime inicial fechado pautou-se exclusivamente em dispositivos legais julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, portanto, o afastamento da exasperação da pena-base, a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo, a fixação de regime inicial mais brando e, em consequência, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida às fls. 191/193.

Informações prestadas às fls. 196/198 e 201/210.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 214/220, pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.313 - RJ (2015/0107444-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109.956, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

De início, confirmam-se os seguintes trechos da sentença e do acórdão da apelação:

Sentença: [...] Por tais razões, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido para CONDENAR os réus NIVALDO CASSIMIRO DE SOUZA, EDSON FERREIRA FARIA e MARCOS DA SILVA por infração ao art. 33 c/c art.40, V, todo da Lei nº 11.343/06, ABSOLVENDO-OS do delito do art. 35 da Lei 11.343/06, com fulcro no art.386, VII do CPP. Passo a dosar a pena, atento ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal: **1) Dos acusados Marcos e Nivaldo:**

Não verifico nenhuma circunstância de caráter subjetivo a ser analisada em relação aos acusados, razão pela qual não se faz necessária a dosimetria da pena dos réus separadamente. **Entendo que a pena deverá ser majorada por força da culpabilidade diante da quantidade de droga apreendida em poder dos acusados, ou seja, mais de 40 Kg (quarenta quilos) de cocaína. É evidente que a reprovabilidade da conduta extrema diante da quantidade de droga. Com fulcro em tais razões, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, para cada acusado.** Os acusados Marcos e Nivaldo confessaram os fatos, razão pela qual a pena deverá ser atenuada nesta etapa da dosimetria, ficando em 07 (sete) anos de reclusão e 700(setecentos) dias-multa, para cada acusado.

Em que pese a manifestação ministerial, **entendo que aplicável ao caso em tela a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, eis que os agentes são primários e de bons antecedentes**, assim como não restou demonstrado que se dedicam às atividades criminosas ou integram organização criminosa. É cediço que grandes organizações criminosas utilizam "mulas" para o transporte do entorpecente. Não se sabe se esta foi a primeira vez que os réus aceitaram este serviço ilícito, devendo a dúvida militar a favor deles. **Assim, diminuo a pena em 1/6 ficando a pena final de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, para cada acusado. Justifico a redução no mínimo legal diante da grande quantidade de droga encontrada em poder dos acusados.

Presente a causa de aumento prevista no artigo 40, V, razão pela qual exaspero a pena em 1/3 (um terço) tendo em vista já que saíram do Paraná com destino ao Rio de Janeiro, rota conhecida de tráfico de drogas, percorrendo diversos Estados. Assim, fica a pena definitiva em 07 (seis) anos e 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multa, para cada réu. **2) Do acusado Edson:** Conforme narrado anteriormente, **não verifico nenhuma circunstância pessoal a exasperar a pena a não ser a expressiva quantidade de cocaína.** É evidente que a reprimenda deve ser muito maior, já que se essa droga não tivesse sido apreendida geraria grande lucro para os seus proprietários além de causar um dano maior à sociedade. Assim, fixo a pena em 08 (oito) anos e 800 (oitocentos) dias-multa. Ausentes agravantes e atenuantes já que não houve confissão. **Assim como os corréus, aplicável a causa de diminuição devendo a ser diminuída em 1/6 (um sexto) ficando em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses e 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa.** Aumento a pena em 1/3 (um terço) em razão da causa de aumento alcançando a reprimenda final de 8 (oito) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias e 880 (oitocentos e oitenta) dias-multa. Como não foi objeto de prova a sua condição econômica dos acusados, fixo o valor de cada dia-multa no mínimo legal, a ser calculado de acordo com a regra do art. 43 da Lei 11.343/06. **No que tange a fixação do regime, as penas deverão ser cumpridas inicialmente em regime fechado com fulcro no disposto no artigo 2º, §1º, da Lei 8072/90.** Inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, eis que não preenchidos o requisito objetivo (fls. 197/198).

Acórdão: [...] 2º) A elevada quantidade do entorpecente (mais de quarenta quilogramas), circunstância preponderante (artigo 42, da Lei 11.343/06), autoriza o incremento da pena-base (que reputo moderado);

[...]

4º) Não é suficiente que o condenado ostente primariedade e bons antecedentes. O § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, dirige-se ao inexpressivo traficante, JAMAIS podendo alcançar quem, visando à ilícita mercância, transportava em rodovia federal 43,6kg de droga. Eventual aplicação dessa causa de redução de penas representaria verdadeira DETURPAÇÃO do benefício, estimulando-se o que busca prevenir e reprimir, ou seja, o narcotráfico;

5º) A pena corporal de Edson F. Faria é superior a oito anos, fato que obriga a imposição de regime fechado (artigo 33, § 2 alínea "a", do Código Penal). Quanto aos demais réus (cujas penas são inferiores), embora o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, tenha proclamado a inconstitucionalidade do regime fechado estabelecido na Lei 8.072/90, nesta lide, o fechado é o único que satisfaz os binômios contidos no artigo 59, caput, do Código Penal (necessidade suficiência e reprovação-prevenção do crime) (fls. 181/182).

No caso, a quantidade de entorpecente apreendido foi considerada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira e terceira etapas da dosimetria. Porém, esta Corte firmou o entendimento de que há *bis in idem* quando esse elemento é utilizado para elevar a pena-base e também para impedir a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo, como no caso dos autos. Assim, de acordo com as informações extraídas da página eletrônica do Tribunal de origem, verifica-se que o acórdão ainda não transitou em julgado para a defesa, cabendo ao Tribunal a *quo* proceder à nova análise de dosimetria da pena.

Quanto ao tema, o seguinte julgado da Corte Suprema:

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 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 PUBLIC 06-05-2014)

E desta Corte:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, é indevida a utilização da garantia constitucional como sucedâneo recursal.

2. Em regra, é vedada a revisão da dosimetria em habeas corpus, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que o juízo de primeiro grau aplicou a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sem qualquer fundamentação, mas, pura e simplesmente, com definição do percentual de 1/6. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto.

3. Por outro lado, o Tribunal a quo, ao tratar da causa de diminuição, manteve o quantum aplicado pelo magistrado, todavia levando em consideração o fato de ter a atividade sido "patrocinada no seio da unidade prisional" e que "o empreendimento era animado por agentes que compunham o corpo da instituição", fundamentos que também foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizados como causas especiais de aumento da reprimenda (art. 40, II e III), o que não se pode admitir, sob pena de indevido *bis in idem*.

4. A Corte de origem apresentou justificativa idônea para fixar o regime inicial semiaberto e negar a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do quantum da pena então aplicada (5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão).

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para determinar que o Tribunal a quo proceda à nova dosimetria da pena do paciente, afastando o indevido *bis in idem* e analisando o regime inicial de pena e eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(HC 307.338/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/2/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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

IV - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. STF sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena da paciente e, de forma extensiva, ao corréu.

(HC 303.510/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º/9/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. 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 configuraria *bis in idem*.

2. Contudo, no julgamento do HC n. 109.193/MG, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que o uso 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. Posição adotada.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275228/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 5/6/2014)

A análise dos pedidos referentes ao regime prisional e à substituição da reprimenda por restritiva de direitos fica prejudicada em razão da possibilidade de alteração da pena do paciente pelo Tribunal *a quo*. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PACIENTE RAFAEL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. **BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA.** NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Foram adotados fundamentos concretos para justificar a exasperação das penas-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 65 invólucros de plástico contendo cocaína, com peso líquido de 33,4 g, 44 invólucros de plástico contendo cocaína, na forma de crack, com peso líquido de 88,1 g e 12 invólucros de plástico contendo maconha, com peso líquido de 19,9 g - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. Em recentes 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*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*. **Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do ne bis in idem, no tocante à dosimetria do paciente Rafael, haja vista que as mesmas circunstâncias, a saber, a quantidade e a natureza de drogas, foram utilizadas em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente Rafael, restam prejudicados os pleitos de estabelecimento de regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

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

(HC 317.461/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 2/6/2015)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, escolhendo em qual das fases serão levadas em consideração a quantidade e a natureza da droga.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0107444-3

HC 323.313 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02661239720138190001 02662004620138190001 2661239720138190001
2662004620138190001

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO
ADVOGADO	: ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: EDSON FERREIRA FARIA (PRESO)
PACIENTE	: MARCOS DA SILVA MOTA (PRESO)
PACIENTE	: NIVALDO CASSIMIRO DE SOUZA (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 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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.