



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.468 - SP (2015/0135786-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ADRIANO RODRIGUES FIM**
ADVOGADO : **EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ADRIANO RODRIGUES FIM (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO *NE REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– 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*.

– Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, não há *bis in idem* quando a exasperação da pena-base ocorre em razão da natureza das substancias entorpecentes apreendidas, ao passo que a redução da reprimenda na terceira fase, em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, é fundamentada na quantidade de drogas apreendidas, configurando, assim, fundamentos diversos. Precedentes.

– Hipótese em que esta Quinta Turma, nos autos do HC 285.136/SP, reconhecendo que o acórdão recorrido ofendeu o primado do *ne bis in idem*, determinou que o Tribunal *a quo* procedesse à nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade ou a natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(potencialidade lesiva) da droga para fixar a pena em cada uma das etapas da dosimetria.

– Nos termos do art. 617 do CPP, *o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença*. Assim, na situação de o recurso ser exclusivo da defesa, não pode o Tribunal, quando do seu julgamento, agravar a situação do acusado, definida pela sentença, sob pena de indevido *reformatio in pejus*.

– Quando do novo julgamento do apelo defensivo determinado por esta Corte, o Tribunal revisor considerou a quantidade e a natureza da droga para exasperar a pena-base e, na etapa derradeira, deixou de aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado, antes reconhecida, com lastro, novamente, na quantidade do entorpecente apreendido, o que configurou ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*.

– Fica evidenciado, assim, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, porquanto o comando contido no julgamento do HC 285.136/SP cingiu-se em determinar que o Tribunal local procedesse à nova fixação da pena, tomando como parâmetro a quantidade ou a natureza (potencialidade lesiva) da droga em etapas diversas do cálculo da pena, e não determinando a exclusão do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, benefício já reconhecido em favor do ora paciente.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a *reformatio in pejus* promovida pelo acórdão recorrido, devolver os autos à Corte local para que proceda à dosimetria da pena, considerando a quantidade e a nocividade da droga em fases diferentes do cálculo da sanção, apenas para modular a fração de incidência do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem afastá-lo.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.468 - SP (2015/0135786-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ADRIANO RODRIGUES FIM
ADVOGADO : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO RODRIGUES FIM (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado por ADRIANO RODRIGUES FIM, em causa própria, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003011-83.2011.8.26.0153).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena corporal de 15 anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.500 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 66/80).

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem, por maioria de votos, dado parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena-base para 12 anos de reclusão e, na terceira fase, ante o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a sanção foi reduzida na fração de 1/6, alcançando o montante definitivo de 10 anos de reclusão (fls. 163/188).

Impetrado perante esta Corte o HC n. 285.136/SP (Relator Ministro Walter de Almeida Guilherme - Desembargador Convocado do TJSP -, Quinta Turma, DJ 3/11/2014), foi concedida ordem de ofício, determinando que a Corte local procedesse à nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em uma das etapas do cálculo da pena. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 189/190):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, E § 4º DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. QUESTÃO PROBATÓRIA QUE DESBORDA DOS LIMITES DO *MANDAMUS*. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUALIDADE DA DROGA PARA AUMENTAR A PENA BASE E PARA DIMINUIR A SANÇÃO, NA FRAÇÃO MÍNIMA, COM FUNDAMENTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DO TRÁFICO. *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. - O *habeas corpus* não é o meio idôneo para se pesquisar sobre a existência de prova da autoria ou da materialidade do delito. Na hipótese, a sentença e o acórdão foram coesos ao afirmar que *a prova testemunhal coligida, aliada aos demais elementos de convicção, permitem a segura conclusão quanto à conduta do acusado de, em concurso de agentes, transportar entorpecentes* (fls. e-STJ 124). Nesse contexto, inviável qualquer conclusão em sentido contrário na via estreita do *mandamus*.

3. - Esta Corte Superior de Justiça, secundando entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento de que *a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria da pena e também para afastar o benefício do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 ou escolher a menor fração de diminuição de pena admissível*, ao argumento de que tal proceder caracteriza inadmissível *bis in idem* - dupla consideração do mesmo fato (qualidade e quantidade da droga) para fins de pena.

4. - Na hipótese, constata-se que o Tribunal estadual utilizou-se do mesmo fundamento - quantidade e qualidade da droga - para manter a pena-base acima do mínimo legal e reduzir a sanção na fração mínima e tal proceder, segundo a novel jurisprudência, por traduzir inegável *bis in idem*, é passível de correção, por meio de *habeas corpus*, a ser concedido de ofício.

5. - *Habeas corpus não conhecido*. Ordem concedida, de ofício, para determinar que Tribunal *a quo* proceda a nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em uma das etapas do cálculo da pena.

Na presente impetração, informa o impetrante/paciente que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao atender à determinação da Quinta Turma desta Corte, incorreu em novo equívoco, *insistindo veementemente no vício do bis in idem*.

Alega que o Tribunal de origem reduziu a pena-base para 10 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, tornando-a definitiva, pois afastou a redutora do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da quantidade de drogas apreendidas, ao argumento de evidenciar dedicação à atividade criminosa. Todavia, sustenta a defesa que o fundamento já fora utilizado para majorar a pena-base e estabelecê-la – agora em 10 anos de reclusão –, o que revela inegável incongruência com o acórdão proferido por esta Corte, que determinou que a natureza e a quantidade de drogas fossem usadas em etapas distintas da dosimetria da pena.

Assim, requer, liminarmente e no mérito, o restabelecimento da redutora em sua fração máxima (2/3), sobre a primeira pena (12 anos) ou a segunda (10 anos) e, diante do longo tempo encarcerado (4 anos em regime fechado), pleiteia a expedição de alvará de soltura em seu favor.

Pedido liminar indeferido (fls. 46/47).

Informações prestadas às fls. 58/140 e fls. 142/219.

Petição da Defensoria Pública Estadual, pugnando pela concessão da ordem, ante a ocorrência da *reformatio in pejus* no segundo julgamento da apelação pelo Tribunal local (fls. 224/227).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, a fim de que *seja mantida a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 anteriormente reconhecida, reajustando-se o cálculo da pena* (fl. 239).

Petição do defensor constituído pelo paciente, pugnando pela intimação/comunicação da defesa para sustentação oral (fls. 243/244).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.468 - SP (2015/0135786-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante/paciente não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à sua defesa, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se, na presente impetração, o reconhecimento de constrangimento ilegal em favor do paciente, pois o acórdão recorrido, proferido no novo julgamento do recurso de apelação determinado pela Quinta Turma desta Corte, incorreu na vedada *reformatio in pejus* ao deixar de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reconhecida pela Corte local no primeiro julgamento do apelo defensivo.

Verifica-se que, na hipótese, o acusado foi processado e condenado porque, segundo a denúncia, no dia 13/4/2011, na Rodovia Anhanguera, na cidade de Cravinhos/SP, agindo em concurso com outros dois indivíduos não identificados, transportava e trazia consigo, para entrega e consumo de terceiros, **296,99 kg de cocaína**, em forma de pasta (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

117).

O Juízo de Direito da 2ª Vara de Cravinhos/SP condenou-o à pena de 15 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1500 dias-multa, no valor unitário correspondente a meio salário mínimo. Na ocasião, afastou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, diante da expressiva quantidade da droga apreendida, a indicar vínculo, *ainda que eventual*, com atividades criminosas (fl. 78).

O Tribunal estadual acolheu parcialmente o recurso defensivo, reduzindo a pena-base para 12 anos de reclusão, com lastro apenas na quantidade elevada da droga apreendida **(296,99 kg de cocaína)**. Na terceira fase, reconheceu a incidência da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e reduziu a pena, também com base na quantidade elevada do entorpecente encontrado com o acusado, na fração mínima de 1/6, alcançando a sanção definitiva o montante de 10 anos de reclusão (fls. 176/183).

Impetrado *habeas corpus* perante esta Corte (HC n. 285.136/SP), a Quinta Turma concedeu a ordem *ex officio*, reconhecendo a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, pois a quantidade da droga foi utilizada para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal e, novamente, para justificar a fração redutora decorrente da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Em decorrência, determinou-se que o Tribunal *a quo* procedesse à nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade e/ou a potencialidade lesiva da droga em apenas uma das etapas do cálculo da pena.

O Tribunal de origem, no novo julgamento, assim procedeu (fls. 207/209):

Impetrado “Habeas Corpus” pelo réu, o Col. STJ dele não conheceu. Todavia, de ofício, e invocando a nova jurisprudência predominante naquela Corte, concedeu parcialmente a ordem “...para determinar que Tribunal a quo proceda a nova fixação da reprimenda, tomando como parâmetro a quantidade e/ou potencialidade lesiva da droga em uma das etapas do cálculo da pena”.

Dai porque analisa-se o recurso nos limites do decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, mantido o V. Acórdão deste E.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça na parte que não foi reformada pela Superior Instância.

E se assim é, possível e necessário se torna efetuar o novo cálculo da pena, considerando todos os elementos constantes dos autos, e não apenas a quantidade da droga apreendida, posto que só assim se estará fazendo a necessária individualização exigida por lei.

E nesse ponto necessário alterar o entendimento anterior deste Relator, até então também mantido em conformidade com a jurisprudência do próprio STJ, posto que, como constou no acórdão parcialmente anulado, a quantidade da droga é apenas um dos elementos na fixação da pena.

Portanto, pela elevada quantidade da droga apreendida (296,99 Kg de cocaína) e sua nocividade, forçoso fica sua consideração na fase primeira da fixação da pena, o que é fixada no montante de 10 anos de reclusão mais 1.000 dias-multa e tornada definitiva, pois ausentes causas agravantes ou atenuantes, de aumento ou diminuição.

E assim o faço pois, agora comungando com o entendimento do eminente Desembargador Otávio de Almeida Toledo, explicitado nos autos, no sentido de que a quantidade de droga apreendida está muito acima da alçada de um mero iniciado no tráfico, ou aquele que pratica o tráfico miúdo, tudo a evidenciar a dedicação do réu à atividade criminosa. Logo, esse motivo impede a aplicação da minorante do § 4º do artigo 33, da Lei 11.343 de 2006.

Nem se diga que a fixação da pena, como acima fundamentada, se mostra contraditória com a posição anterior deste Relator.

É que, anulada a decisão anterior, onde contidos os argumentos e justificativas da pena com lá fixada, necessário se faz, para atender a determinação do Col. STJ, a análise da nova pena como um todo, o que permite rever, sem que tal implique em contradição, os conceitos e fundamentos contidos na decisão anterior.

Logo, tendo sido fixada a nova pena em conformidade com a determinação do Col. STJ, o que se faz pelo mérito e observando a novel jurisprudência firmada, eventual modificação de seu conteúdo somente poderá ser alcançada pelo recurso cabível junto ao Tribunal Superior a quem competirá, como sempre, ditar a última palavra na aplicação da lei.

Sabe-se que, nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Nesse ponto, vale consignar que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal 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 fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração dos dois elementos, conjuntamente, opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

1. 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).

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca os dois elementos (quantidade e natureza) em ambas as fases, sob pena de *bis in idem*. É possível, portanto, valorar apenas a natureza da droga na primeira fase e a quantidade na terceira, sem que tal proceder implique *bis in idem*.

Nesse sentido, destaco:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006. NATUREZA DA DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E ELEVADA QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE ENTORPECENTE NA TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. BIS IN IDEM INEXISTENTE. REGIME INICIAL FECHADO. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E GRANDE VOLUME DA DROGA APREENDIDA. AGRAVOS NÃO PROVIDOS.

1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Na hipótese dos autos, a Corte de origem utilizou como fundamento na primeira fase a natureza da droga e na terceira etapa da dosimetria, a elevada quantidade de entorpecente (01 kg de cocaína) para definir o patamar de diminuição da pena em 1/6, não sendo o caso, pois de bis in idem.

(...)

5. Agravos regimentais não providos. (AgRg no AREsp 870.460/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM IMPETRADA EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ADEQUADO. NÃO CABIMENTO. ATUAÇÃO DE OFÍCIO PARA SANAR ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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) - grifei.

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.

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

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) - grifei.

Na espécie, a defesa sustenta, como dito, que, no novo julgamento determinando por esta Quinta Turma, a Corte local incorreu na vedada *reformatio in pejus* ao deixar de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nos termos do art. 617 do CPP, o tribunal, câmara ou turma atenderá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Assim, na situação de o recurso ser exclusivo da defesa, não pode o Tribunal, quando do seu julgamento, agravar a situação do acusado, definida pela sentença, sob pena de indevida *reformatio in pejus*.

No caso, verifica-se que, quando do novo julgamento do apelo defensivo determinado por esta Corte, o Tribunal revisor **considerou a quantidade e a natureza da droga para exasperar a pena-base e, na etapa derradeira, deixou de aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado, antes reconhecida, com lastro, novamente, na quantidade do entorpecente apreendido**, o que configurou ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, pois o comando contido no julgamento do HC 285136/SP cingiu-se em determinar que o Tribunal local procedesse à nova fixação da pena, tomando como parâmetro a quantidade e a potencialidade lesiva da droga em etapas diversas do cálculo da pena, e não determinando a exclusão de qualquer benefício, anteriormente já reconhecido em favor do ora paciente.

Portanto, evidenciado o constrangimento ilegal, é de ser concedida a ordem, ante a ofensa ao art. 617 do CPP.

Por fim, quanto ao pedido de expedição de alvará de soltura, além de o tema não ter sido tratado no acórdão recorrido, impossibilitando sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, entendo que, tratando-se de condenação definitiva, a matéria cuida de competência do juízo das Execuções Penais, a quem caberá decidir acerca dos benefícios a que tem direito o paciente.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**. Contudo, reconhecendo a ocorrência da *reformatio in pejus* promovida pelo acórdão recorrido, **concedo a ordem ex officio**, devolvendo os autos à Corte local para que, novamente, proceda à dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade da droga em fases diferentes da dosimetria, apenas para modular a fração de incidência do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n. 11.343/2006, sem afastá-lo.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0135786-0

HC 326.468 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030118320118260153 30118320118260153

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ADRIANO RODRIGUES FIM
ADVOGADO	: EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO(S) - SP127964
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ADRIANO RODRIGUES FIM (PRESO)
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.