



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.666 - SP (2014/0046041-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO RUIZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. 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. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal. Na espécie, tanto o Juízo de primeira instância quanto o Tribunal de origem afirmaram peremptoriamente que o paciente negou a prática delitiva, razão pela qual não incide na espécie a referida atenuante.

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 drogas, 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. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de regime inicial aberto, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de *sursis*, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Juízo de primeira instância proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade da droga 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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. 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 outubro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.666 - SP (2014/0046041-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO RUIZ

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CARLOS ROBERTO RUIZ, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0949228-36.2012.8.26.0506).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 28.5.2013, pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. Confirma-se a dosimetria da sanção realizada na sentença - Controle n.º 1678/12, da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto/SP:

O acusado CARLOS ROBERTO RUIZ (mídia de fls.161) negou a prática da traficância; disse que guardou a droga e os apetrechos a pedido de pessoa conhecida na região; que imaginava que tal pessoa era traficante de drogas; que não sabia que os pacotes que recebeu escondiam entorpecentes, tampouco o armamento apreendido; que aceitou realizar tal guarida porque necessitava do dinheiro; que recebeu cerca de R\$400,00 por tal serviço; que é conhecido pelo apelido de "Véio"; que a acusada VALDETE não sabia que guardava tais itens; **que nunca praticou o comércio ilícito**; que foi processado somente por porte de arma.

Feita a resenha da prova oral, às inarredáveis conclusões.

Não há como desvincular os acusados do entorpecente e apetrechos relacionados ao tráfico, todos apreendidos na residência do casal.

A escusa do acusado CARLOS é contraditória e precariamente convincente. Ora, pouco crível que o corréu aceitasse guardar um pacote, a pedido de conhecido traficante da região, sem que sequer desconfiasse que tais itens pudessem estar ao menos relacionados ao tráfico de drogas.

Não se enxerga a possibilidade de que o acusado, como pessoa de boa índole que tenta transparecer, deixaria de verificar o conteúdo do que recebeu, pois, como reconhece, repita-se, sabia que a pessoa que lhe pediu tal guarida era traficante na região.

Aliado a tais fatos, há os depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pela incursão. Ambos informaram que o acusado é conhecido dos meios policiais pela prática do tráfico de drogas. Que já teria sido abordado anteriormente e indicado por usuários como praticante do comércio ilícito.

No mais, a razoável quantidade de entorpecente e os inúmeros apetrechos apreendidos (como balança de precisão, embalagens do tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eppendorf e inúmeros invólucros plásticos - auto de exibição e apreensão de fls. 18/22) indicam que a droga encontrada era definitivamente destinada ao tráfico.

Por fim, saliente-se que, mesmo que fosse levada em consideração a escusa apresentada pelo acusado, sua conduta de guardar drogas é abarcada pelo tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, que, relembre-se, não comporta modalidade culposa.

Também por isso é que, para a consumação do crime previsto artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, não se exige a flagrância no exato momento da entrega da droga a terceiras pessoas, mas a simples posse direcionada a tal propósito.

(...)

Parcialmente procedente a acusação, passo a aplicação da pena *in concreto*, nos termos do artigo 68 do Código Penal.

As circunstâncias judiciais do artigo 59 são desfavoráveis ao acusado.

Com efeito, o tráfico de drogas é delito associado à criminalidade violenta, que tanto tem abalado a paz pública e levado à destruição da família. Inequívoca, pois, a má conduta social do réu, além da gravidade das conseqüências potenciais do crime, que autorizam a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena corporal.

A **grande quantidade e variedade** de entorpecentes encontrada na residência do acusado incrementam a gravidade da conduta, dada a potencialidade danosa do comércio ilícito. Por isso, elevo a pena-base em um terço, fixando-o a em seis anos e oito meses de reclusão e seiscentos e sessenta e seis dias multa.

Não há agravantes ou atenuantes.

Não há causas de aumento.

Presente, contudo, a causa especial de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, a importar na redução das penas no patamar intermediário da metade, **igualmente pela grande quantidade de drogas apreendidas**, a tornar mais reprovável a conduta e a recomendar reação mais enérgica do Estado.

Torno definitivo o *quantum* da pena em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa.

Em vista do disposto no artigo 44 da Lei nº. 11.343/06, dispositivo que guarda compatibilidade vertical à Constituição Federal (vejam-se HC 990.08.196829-0, Rel. José Raul G. de Almeida - 6ª Câmara; Ap.Crim. 990.08.021435-7, Rel. Augusto de Siqueira - 4ª Câmara; Ap. Crim. 990.08.076612-0, Rel. Décio Barretti - 16ª Câmara e HC 990.08.193308-0, Rel. Machado de Andrade - 6ª Câmara), não há pensar-se em *sursis* ou em substituição por pena restritiva de direito.

Não se olvida seja em tese admissível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, por força da Resolução de nº 5/2012.

A espécie normativa originou-se em razão do pleno do Supremo Tribunal Federal ter decidido acerca da inconstitucionalidade da expressão presente no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006: 'vedada a conversão em penas restritivas de direito', quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº. 97.256/RS.

Prolatada a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, ao ser editada a resolução precitada, sua eficácia atinge todos os casos semelhantes (efeitos amplos e *erga omnes*), desde a publicação da Resolução.

Suspensa a eficácia da norma na vedação à substituição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritivas de direito, ao artigo 44 do Código Penal, que disciplina tal substituição.

Diante do que dispõe o artigo 44, inciso III, do Código Penal, é possível verificar que a acusada não faz jus à substituição, pois a pena restritiva de direitos não seria suficiente aos desideratos de prevenção e repressão do delito.

Como já anotado, o tráfico de entorpecentes é um cancro, a ser extirpado do organismo social.

Sabe-se, da experiência profissional, que grande parte dos crimes contra o patrimônio e contra a pessoa decorrem do envolvimento dos seus autores com tóxicos.

E é notório, ainda, que a desgraça tem acometido inúmeras famílias, por obra da mercancia dessas substâncias.

A isto a Justiça precisa responder de forma efetiva, 'conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (artigo 59 do Código Penal).

Assim, vejo empeco insuperável à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito (artigo 44, inciso III, do Código Penal).

Considerando o período de prisão cautelar (pouco menos de nove meses), em cotejo com os lapsos de cumprimento exigidos para a progressão (2/5 para o tráfico - artigo 2º, § 2º da Lei nº 8.072/1990), a redação do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, não favorece o acusado em relação ao regime inicial de cumprimento da pena, mantendo-se, portanto, o regime inicial fechado.

(...) (fls. 39/42) (grifou-se).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal de origem em 28.11.2013. Confira-se a fundamentação do julgado:

(...)

Além das circunstâncias reveladas pela prova oral da acusação, a quantidade, a variedade, o tipo e a forma de embalagem das drogas não deixam qualquer dúvida de que era o comércio clandestino. Consigne-se que na residência do acusado foram apreendidas 5 trouxinhas de maconha (10,4g), 150 trouxinhas de 'crack' (40,1 g), 1 porção de 'crack' (150,8 g), 63 cápsulas tipo 'eppendorf' de cocaína (44 g) e 1 porção de cocaína (92,5 g), além de embalagens plásticas, uma balança de precisão e cerca de 3000 cápsulas tipo 'eppendorf' vazias.

De rigor, pois, a condenação, como lançada.

As penas não comportam mitigação.

Inicialmente, não se cogita reconhecer a confissão espontânea, eis que **o acusado negou a prática do delito.**

Houve correta e justificada fixação das básicas em um terço acima do patamar mínimo, seguida de indevida aplicação do inculpidado no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, que não pode ser obstada, ante a inexistência de recurso ministerial. Reputa-se indevida tal redução ante as circunstâncias do delito; não bastasse a variedade de drogas, a quantidade de embalagens apreendidas indica que a conduta concreta comprovada nestes autos continuaria por tempo prolongado e indeterminado, a exigir, pois, repressão à altura. Pelo mesmo motivo, não se cogita substituir a privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritivas de direitos, mostrando-se escoreito o regime carcerário inicialmente fechado, por se tratar de crime considerado hediondo, nos termos da Lei Federal nº 8.072/1990, c.c. a Lei Federal nº 11.464/2007.

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso (fls. 47/48) (grifou-se).

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante a ocorrência de excessivo acréscimo da pena-base, no patamar de 1/3 (um terço).

Invoca o princípio da proporcionalidade.

Destaca que é de rigor a sua minoração, "compensando-se essas circunstâncias judiciais desfavoráveis, com as circunstâncias favoráveis da primariedade e dos bons antecedentes do paciente, com a conseqüente manutenção da reprimenda no mínimo legal" (fl. 2).

Consigna que, diante da confissão do increpado na fase inquisitória, a atenuante da confissão deve ser reconhecida.

Alega ser indevida a aplicação da causa de diminuição de pena no *quantum* intermediário, sob o fundamento, novamente, da quantidade de droga apreendida, que já fora mencionada na imposição da pena-base, sob risco de indevido *bis in idem*.

Enaltece a possibilidade da substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos, eis que não mais subsiste a vedação legal; pois, caso contrário, afrontar-se-ia o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o brocardo da individualização da pena.

Aduz, outrossim, ser cabível a imposição do regime aberto para o início do cumprimento da sanção, nos termos do artigo 33 e seguintes do Código Penal, posto a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Pontua que se mostra possível a concessão do *sursis* ao réu, em atenção ao preenchimento dos requisitos elencados no artigo 77 do Estatuto Repressivo, independentemente do delito praticado ser tráfico de drogas.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão, para que o paciente aguarde solto o deslinde deste remédio constitucional. No mérito, pugna (I) pela imposição da pena-base no patamar do mínimo legal; (II) pelo reconhecimento da atenuante da confissão; (III) pela aplicação da causa de diminuição de pena em seu patamar máximo, 2/3 (dois terços); (IV) pela modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto; (V) pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e (VI) pela, "na pior das hipóteses, concessão do *sursis*" (fl. 29).

A liminar foi indeferida às fls. 57/61.

Foram prestadas informações às fls. 70/75, 79/116, 119/128, 129/132 e 133/171.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da lavra do Procurador Regional da República da 5ª Região, no exercício das funções de Subprocurador-Geral, Roberto Moreira de Almeida, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 172/174).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.666 - SP (2014/0046041-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. 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. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal. Na espécie, tanto o Juízo de primeira instância quanto o Tribunal de origem afirmaram peremptoriamente que o paciente negou a prática delitiva, razão pela qual não incide na espécie a referida atenuante.

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 drogas, 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. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de regime inicial aberto, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de *sursis*, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Juízo de primeira instância proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade da droga somente em uma das etapas do cálculo da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, preliminarmente, 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.

Inicialmente, cumpre destacar que a aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal.

Na espécie, tanto o Juízo de primeira instância quanto o Tribunal de origem afirmaram peremptoriamente que o paciente negou a prática delitiva, razão pela qual não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incide na espécie a referida atenuante. Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO DE UM DOS CRIMES DENUNCIADOS. APLICABILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Constatado que a confissão do réu, declarada perante a autoridade policial e confirmada em Juízo, sobre o cometimento dos crimes de peculato, embasou, efetivamente, o decreto condenatório, deve ser reconhecida a aplicação da correspondente atenuante (art. 65, inciso I, d, do Código Penal).

2. O direito à aplicação da atenuante da confissão espontânea, no caso dos autos, restringe-se à dosimetria dos delitos de peculato, **haja vista que o paciente negou a prática do crime de lavagem de dinheiro.**

3. Ordem parcialmente concedida para aplicar a atenuante da confissão espontânea na dosimetria pelos crimes de peculato perpetrados, a fim de descontar em 6 meses a pena de cada qual, tornando-as definitivas em 3 anos de reclusão e 34 dias-multa, no valor unitário de R\$ 150,00, para cada um dos delitos praticados em concurso material, e em 4 anos de reclusão e 34 dias-multa, no valor unitário de R\$ 150,00, para cada série de delitos realizados de forma continuada, e determinar ao Juízo da execução que refaça a unificação das penas em consonância com o novo parâmetro ora estabelecido.

(HC 96.457/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 28/04/2008) (grifou-se).

No mais, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da variedade das drogas apreendidas.

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.

Dessarte, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que, 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*.

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 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 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*.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 anulada a sentença condenatória no tocante à dosimetria da pena.

Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de regime inicial aberto, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de *sursis*, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

Ante o exposto, **não conheço do writ, mas concedo a ordem, de ofício**, a fim de determinar que o Juízo de primeira instância proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade 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: 2014/0046041-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 289.666 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 09492283620128260506 16782012 20130000741026 67 9492283620128260506

EM MESA

JULGADO: 15/10/2015

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. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CARLOS ROBERTO RUIZ
CORRÉU	: VALDETE DOS SANTOS LIMA

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

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 da Sra. Ministra Relatora.

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.