



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.765 - SP (2016/0335423-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE - SP302518
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO ALÍPIO ERCULINO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

A utilização cumulativa da quantidade e natureza da droga apreendida (691 invólucros plásticos de cocaína e 138 papéletes de maconha), na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, configura **bis in idem**, de acordo com o posicionamento firmado pelo col. Pretório Excelso, no ARE n. 666.334/AM (Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para determinar ao eg. Tribunal de origem que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, levando em consideração a circunstância da natureza/quantidade de droga em somente uma das etapas do cálculo de pena. Prejudicados os demais pedidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, conceder "Habeas Corpus" de ofício e julgar prejudicados os demais pedidos formulados, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 04 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.765 - SP (2016/0335423-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de RONALDO ALÍPIO ERCULINO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela MM. Juíza de Direito da 5.^a Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo/SP, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, às penas de 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, o qual restou desprovido. Eis a ementa:

"TRAFICO DE DROGAS - Absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Autoria e materialidade bem demonstradas - Contundentes depoimentos policiais - Penas que não comportam abrandamento - Regime escorreitamente fixado - Inviabilidade da aplicação de penas substitutivas - Recursos improvidos" (fl. 33).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em breve síntese, que *"mostra-se de extrema importância ressaltar que a redução decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 deve se dar em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços) sobre a pena mínima do delito de tráfico de drogas, especialmente considerando a primariedade do paciente e a pequena quantidade de drogas encontrada"* (fl. 5), pleiteando, assim, a incidência do redutor descrito no §4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo.

Busca, ainda, a fixação do regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 61-64.

As informações foram prestadas às fls. 70-71.

O eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 92-98, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, ou, se caso conhecido, pela denegação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.765 - SP (2016/0335423-9)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **BIS IN IDEM**. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

A utilização cumulativa da quantidade e natureza da droga apreendida (691 invólucros plásticos de cocaína e 138 papéletes de maconha), na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, configura **bis in idem**, de acordo com o posicionamento firmado pelo col. Pretório Excelso, no ARE n. 666.334/AM (Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para determinar ao eg. Tribunal de origem que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, levando em consideração a circunstância da natureza/quantidade de droga em somente uma das etapas do cálculo de pena. Prejudicados os demais pedidos.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível a concessão da ordem de ofício.

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

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes excertos da r. sentença:

"Quanto à pena base, cumpre anotar que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal não são totalmente favoráveis aos agentes.

Embora Ronaldo seja primário e não ostente antecedentes criminais, a quantidade, a variedade e a espécie de droga apreendida (691 invólucros plásticos de cocaína em pó e 138 papелotes contendo maconha) Não incidem causas de aumento de pena.

Não se aplica a redução prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em benefício de Ronaldo. Embora não tenha sido provado cabalmente as elementares do crime autônomo de associação para o tráfico, é evidente que o agente se dedicava a tal atividade, ainda quer por breve período, diante das circunstâncias da prisão.

Ronaldo foi surpreendido na posse de razoável quantidade de cocaína em pó e maconha, no local da abordagem. Levou, outrossim, os policiais militares ao imóvel situado na viela 08 da Rua Projetada, onde foram localizados 642 papелotes contendo cocaína, 120 papелotes de maconha, 07 aparelhos celulares, folhas contendo anotações referentes ao tráfico de drogas e a quantia de R\$ 3.130,00, fracionada em notas de valores menores. Os elementos de convicção deixam evidente estrutura minimamente organizada, típica de quem se dedica à prática da mercancia ilícita.

Se Ronaldo fosse traficante eventual, novato, não saberia informar o local onde elevada quantidade de droga e de dinheiro era guardada. Tal circunstância é típica de criminosos que se dedicam ao tráfico, pois não se entrega mais de seiscentas porções de droga, de expressivo valor, a indivíduo inexperiente na atividade ilícita. não podem ser olvidadas nesta etapa, mormente em relação à cocaína, que na forma de pó ou pedra tem alto potencial ofensivo, gerando maior probabilidade de provocar dependência química, de forma a atingir com mais vigor a saúde pública, bem jurídico protegido pelo legislador.

Além de portar 08 papелotes de maconha, 09 papелotes de cocaína e 10 eppendorfs contendo cocaína, na "biqueira", Ronaldo tinha em depósito, na viela 08 da Rua Projetada, no bairro DER, 642 papелotes contendo cocaína, 120 papелotes de maconha, 07 aparelhos celulares, folhas conendo anotações referentes ao tráfico de drogas e a quantia de R\$3.130,00, em dinheiro.

É evidente o devastador resultado que a conduta de Ronaldo provoca no meio social. Sobressai-se, no fato em tela, maior grau de censurabilidade da conduta dos agentes, que não se manteve apenas nos moldes inerentes ao tipo penal em espécie, circunstância que deve ser considerada nos exatos termos dos artigos 42 da Lei nº 11.343/06.

Assim, elevo a pena base de Ronaldo em 1/5, o que perfaz 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além de portar 08 papélotes de maconha, 09 papélotes de cocaína e 10 eppendorfs contendo cocaína, na "biqueira", Ronaldo tinha em depósito, na viela 08 da Rua Projetada, no bairro DER, 642 papélotes contendo cocaína, 120 papélotes de maconha, 07 aparelhos celulares, folhas contendo anotações referentes ao tráfico de drogas e a quantia de R\$3.130,00, em dinheiro.

É evidente o devastador resultado que a conduta de Ronaldo provoca no meio social. Sobressai-se, no fato em tela, maior grau de censurabilidade da conduta dos agentes, que não se manteve apenas nos moldes inerentes ao tipo penal em espécie, circunstância que deve ser considerada nos exatos termos dos artigos 42 da Lei nº 11.343/06.

Assim, elevo a pena base de Ronaldo em 1/5, o que perfaz 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

[...]

Não incidem causas de aumento de pena.

Não se aplica a redução prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em benefício de Ronaldo. Embora não tenha sido provado cabalmente as elementares do crime autônomo de associação para o tráfico, é evidente que o agente se dedicava a tal atividade, ainda quer por breve período, diante das circunstâncias da prisão.

Ronaldo foi surpreendido na posse de razoável quantidade de cocaína em pó e maconha, no local da abordagem. Levou, outrossim, os policiais militares ao imóvel situado na viela 08 da Rua Projetada, onde foram localizados 642 papélotes contendo cocaína, 120 papélotes de maconha, 07 aparelhos celulares, folhas contendo anotações referentes ao tráfico de drogas e a quantia de R\$3.130,00, fracionada em notas de valores menores. Os elementos de convicção deixam evidente estrutura minimamente organizada, típica de quem se dedica à prática da mercancia ilícita.

Se Ronaldo fosse traficante eventual, novato, não saberia informar o local onde elevada quantidade de droga e de dinheiro era guardada. Tal circunstância é típica de criminosos que se dedicam ao tráfico, pois não se entrega mais de seiscentas porções de droga, de expressivo valor, a indivíduo inexperiente na atividade ilícita" (fls. 24-26).

E, no que tange à fixação do regime fechado, assim registrou o decreto condenatório:

"O regime para o início de cumprimento de pena o delito de tráfico é o fechado, nos termos do que dispõe a Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, que modificou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, estabelecendo que as penas impostas aos crimes hediondos e a eles equiparados devem ser iniciadas no regime mais severo.

Ademais, é o único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, considerada a gravidade do delito, circunstâncias em que foi praticado e suas conseqüências, que demonstram a periculosidade e ousadia dos agentes - que portavam razoável quantidade de droga, mormente de cocaína, substância com alto potencial de dano ao organismo, levando o usuário mais rapidamente ao vício - aptas a reclamar reação severa, proporcional e seguramente eficaz, sob pena de impunidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, a variedade e o quantum de entorpecentes apreendido demonstra o devastador resultado que a conduta dos increpados provoca no meio social" (fl. 27).

Na presente hipótese, verifica-se que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida como fator apto a permitir a exasperação das penas tanto na primeira fase da dosimetria, como também na terceira, justificando a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

No entanto, insta consignar que 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 da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena.

Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgado:

*"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).*

Desta forma, verifica-se que o atual entendimento do eg. **STF** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral, é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas *"na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, **sempre de forma não cumulativa**, sob pena de caracterizar o **bis in idem**"* (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. **A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.**

3. Hipótese em que deve ser restabelecida a reprimenda imposta pela sentença, impondo ao paciente a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, porquanto devidamente fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada.

4. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida (200 porções de cocaína), sopesada na terceira fase da dosimetria (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena fixada na sentença, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantido o cumprimento inicial no regime fechado" (HC n. 352.063/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/6/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL, SEM REFLEXO NA DOSIMETRIA, POIS JÁ HAVIA SIDO REDUZIDA AO MÍNIMO NA SEGUNDA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/2. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **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 no sentido 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.**

3. Tendo em vista que a natureza da droga foi sopesada tanto na fixação da pena-base como na aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a pena-base do paciente deve ser reduzida ao mínimo legal, em virtude do bis in idem, contudo, sem reflexo na dosimetria, porquanto a pena-base já tinha sido reduzida ao mínimo legal na segunda fase.

4. Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 6. Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em metade, por conta da quantidade e natureza da droga apreendida (117g de cocaína), deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

7. Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

8. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena, pois a quantidade da droga foi sopesada negativamente na terceira fase da dosimetria.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto" (HC n. 355.126/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/5/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE 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. 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. 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.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a diversidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (HC n. 283.997/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/8/2014, grifei).

No caso dos autos, portanto, tem-se que o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça, na medida em que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria, caracterizando indevido **bis in idem** quando da fixação das penas.

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

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0335423-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 383.765 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00187104020148260564 187104020148260564 20160000673904

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIEL BIDOIA DONADE - SP302518
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RONALDO ALÍPIO ERCULINO
CORRÉU	: VILSON BATISTA DA SILVA
CORRÉU	: REGINA DE SOUZA MARCIANO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

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