

# REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SÃO PAULO (2021/0158110-6)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

REVISOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. INSUBSISTENTE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA.

1. Não subsiste o pleito pelo reconhecimento de *reformatio in pejus* indireta, porquanto a sucumbência do *Parquet* estadual quanto à matéria veiculada no recurso especial ocorreu quando do julgamento e provimento parcial da apelação defensiva.
2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, ressalvadas hipóteses excepcionálíssimas de entendimento pacífico e relevante, o que não se vislumbra na espécie.
3. Revisão criminal não conhecida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomando o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, acompanhando o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), não conhecendo da revisão criminal, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar), a TERCEIRA SEÇÃO, por maioria, não conhecer da revisão criminal, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior, que conheciam da revisão criminal e julgavam-na parcialmente procedente. Votaram vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Rogério Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 14 de junho de 2023. (data do julgamento)

**MINISTRA LAURITA VAZ**

Relatora

## REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SP (2021/0158110-6)

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de revisão criminal ajuizada por VALDEMIR VIRIATO DE LIMA, com fundamento nos arts. 621, inciso I, e 626, ambos do Código de Processo Penal, objetivando a rescisão da decisão monocrática proferida no REsp n. 1.807.278/SP, da relatoria do Ministro JORGE MUSSI.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Requerente às penas de 7 (*sete*) anos, 3 (*três*) meses e 15 (*quinze*) dias de *reclusão*, em regime inicial *fechado*, e pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006 (*apreensão de 79,600Kg de maconha*).

Irresignada, a Defesa interpôs *apelação*, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para a) reconhecer *bis in idem* porque a quantidade de entorpecente serviu de fundamento para elevar a sanção basilar e arredar o benefício preconizado no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, *foi reduzida a pena-base ao mínimo legal e mantido o afastamento da minorante do tráfico privilegiado*; e b) reconhecer a incidência da atenuante da *confissão espontânea*, mas sem impacto na pena final em razão do comando normativo contido na Súmula 231/STJ. Nesse panorama, as reprimendas foram redimensionadas a 5 (*cinco*) anos e 10 (*dez*) meses de *reclusão*, em regime inicial *fechado*, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no menor valor legalmente previsto.

O antes citado *recurso especial* (REsp n. 1.807.278/SP), interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, foi *conhecido e provido* para, com apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *afastar* o entendimento adotado pela Corte de origem segundo o qual ocorrera *bis in idem* no cálculo da pena imposta ao Réu porque a quantidade da droga apreendida fora utilizada tanto na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, quanto na terceira etapa dosimétrica, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e, por conseguinte, *foi restabelecida a sentença*.

A respectiva decisão foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico/STJ em 13/08/2019 e considerada publicada em 14/08/2019.

O trânsito em julgado ocorreu em 20/08/2019.

Na presente revisão criminal, o Requerente traz as seguintes alegações:

a) a decisão ora impugnada é nula de pleno direito porque as conclusões nela plasmadas representaram *reformatio in pejus* indireta, na medida em que, não tendo o Ministério Público apresentado qualquer recurso contra a sentença condenatória, não poderia ter obtido, por meio de julgamento de recurso especial contra acórdão

proferido pelo Tribunal de origem quando de julgamento de apelação exclusiva da defesa, resultado prejudicial ao Acusado, tal como se deu na hipótese dos autos.

b) É inafastável reconhecer que, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado quando do julgamento do ARE 666.334/AM (relatoria do Ministro GILMAR MENDES), representa *bis in idem* usar o mesmo fundamento – no caso, a apreensão de 79,006Kg de maconha – para exasperar a pena-base e afastar a minorante do tráfico privilegiado.

c) A elevação da sanção basilar levada a efeito pelo magistrado de piso se deu à razão de 1/4 (um quarto), sendo de rigor reconhecer que tal patamar se mostra desproporcional, devendo ser adotada para tal desiderato a fração de 1/6 (um sexto) ou 1/8 (um oitavo).

d) Estão preenchidos todos os requisitos para a concessão da minorante no patamar máximo (2/3), pois é primário e, com ele, não foram apreendidos quaisquer petrechos relacionados ao comércio espúrio. Ademais, não foi comprovado que se dedique a atividades delituosas ou integre organização criminoso, não se prestando a amparar tal ilação a quantidade de drogas apreendidas ou o fato de ter sido condenado por tráfico interestadual, inclusive porque, quanto a esse último ponto, já houve utilização na terceira etapa dosimétrica como causa de aumento.

e) O reconhecimento da confissão espontânea levado a efeito pelo Tribunal *a quo* não foi objeto do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e, portanto, não deve subsistir o restabelecimento da sentença quanto a esse ponto levado a efeito pela decisão proferida quando do julgamento do REsp n. 1.807.278/SP.

f) Como a sentença de primeiro grau foi restabelecida no tocante também ao aumento da sanção basilar na primeira fase da dosimetria, bem como considerando-se que a confissão foi reconhecida pelo Tribunal *a quo*, não mais se justifica a incidência da Súmula 231/STJ e necessária se faz a redução da pena, na etapa intermediária do cálculo dosimétrico, nos termos do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal e da Súmula 545/STJ.

g) Na medida em que, sendo julgada procedente a presente ação, as sanções impostas ao Requerente serão reduzidas, será preciso também abrandar o modo prisional inicial. Ademais, o regime fechado foi estabelecido pelas instâncias ordinárias sem amparo em fundamentação concreta, mas, tão somente, com esteio na gravidade abstrata do delito.

Ao final, requer a procedência da revisão criminal e “[...] a declaração de nulidade do acórdão impugnado, por constituiu a decisão impugnada reformatio in pejus indireta e, no mais, requer-se a reforma do v. Acórdão e, conseqüentemente redimensionamento da dosimetria, fixando-se a pena base no mínimo legal, aplicando-se a atenuante de confissão e reconhecendo-se o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06), sem prejuízo da fixação de regime” (fls. 13-14).

Embora intimado, por duas vezes (fls. 228 e 236), o Ministério Público do Estado de São Paulo não se manifestou (certidões de fls. 234 e 241).

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo parcial acolhimento da revisão criminal, em parecer assim ementado (fl. 243):

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. REFORMA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PELO MP ESTADUAL. PROVIMENTO. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA DEFINIDA NA SENTENÇA. AJUIZAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. INTUITO DE RESTABELECIMENTO DO ARESTO PROFERIDO PELA CORTE ESTADUAL TESE: *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. CONSTATAÇÃO. PARECER PELO PARCIAL ACOLHIMENTO DO PEDIDO REVISIONAL.

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao eminente Revisor (art. 243 do RISTJ).

**REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SP (2021/0158110-6)**

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

De início, esclareço que, no *decisum* que se busca reformar, por meio da revisão criminal – decisão monocrática proferida no REsp n. 1.807.278/SP, da relatoria do Ministro JORGE MUSSI –, não houve análise e pronunciamento *acerca do mérito* das seguintes questões: a) cumprir o Requerente todos os requisitos necessários à aplicação da minorante do tráfico privilegiado *no patamar máximo* (2/3); e b) necessidade de modificação do regime inicial – fechado – estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Logo, não se instaurou a competência do Superior Tribunal de Justiça para, em revisão criminal, analisar as indigitadas matérias, sendo de rigor reconhecer que, quanto a esses pontos, a pretensão não comporta conhecimento.

**A propósito:**

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. ART. 105, I, 'E', DA CF. COMPETÊNCIA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *“Compete a esta Corte o julgamento da ação de revisão criminal tão somente quando a questão objeto do pedido revisional tiver sido analisada na ocasião da apreciação do recurso especial” (RvCr n. 1.788/RS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/4/2014).*

2. Na hipótese, este Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o recurso especial, apenas reconheceu a incidência da Súmula 7/STJ, sem analisar as questões postas na presente revisão criminal.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg na RvCr 5.585/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021, DJe 29/03/2021; sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. DECISÃO DE RELATOR QUE CONHECEU APENAS EM PARTE DA REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO REVISIONAL RELACIONADO À ABSOLVIÇÃO DO AGRAVANTE DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES QUE NÃO CHEGOU A SER EXAMINADO, NO MÉRITO, NO JULGADO RESCINDENDO, POR TER ENCONTRADO ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA CONHECER DA REVISÃO CRIMINAL EM RELAÇÃO AO TEMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Interpretando o art. 105, I, 'e', da Constituição Federal, a Terceira Seção desta Corte assentou que somente atrairá a competência desta Corte o pedido revisional a respeito de questão que tiver sido apreciada, no mérito, por este Tribunal em sede de recurso especial.

Precedentes.

2. Se o pleito de absolvição formulado pela defesa não chegou a ser conhecido por esta Corte, em agravo em recurso especial, por encontrar óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, não lhe caberá conhecer de revisão criminal que ataca tema que jamais chegou a enfrentar, cabendo à parte dirigir o pedido revisional ao Tribunal de Justiça.

3. O não conhecimento de revisão criminal em relação a questão que não chegou a ser examinada, no mérito, por esta Corte não corresponde a negativa de acesso à justiça, pois a questão poderá ser objeto de pedido de revisão criminal perante o Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na RvCr 5.583/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2021, DJe 12/03/2021; sem grifos no original.)

Quanto à alegação de que, com o provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, teria havido *reformatio in pejus* indireta cumpre observar que a sucumbência do *Parquet* estadual somente ocorreu quando do julgamento e provimento parcial da apelação defensiva.

Nesse panorama, o objetivo do citado apelo nobre se restringiu à modificação de entendimento adotado no aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, por via de consequência, *restabelecer* os termos da sentença relativos ao cálculo dosimétrico.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N. 11.343/2006. PRESCINDÍVEL A EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. INTENÇÃO DEVIDAMENTE COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. 8,5KG DE MACONHA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INEXISTÊNCIA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. O recurso especial da acusação ficou limitado ao resultado do provimento da apelação defensiva, não superando, portanto, os parâmetros da sentença condenatória, circunstância que afasta a alegação de *reformatio in pejus*.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.389.452/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013.)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 180 DO CP E ART. 10, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.437/97. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO INTERPOSTA UNICAMENTE PELA DEFESA. PARCIAL PROVIMENTO. SUCUMBÊNCIA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO *PARQUET*. PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE DE *REFORMATIO IN PEJUS*.

I - Não configura violação ao princípio de *reformatio in pejus* a admissão, na origem, de recurso especial interposto pelo *Parquet*, em que se busca a reforma do v. acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, para que seja restabelecida em todos os seus termos a condenação imposta na sentença de primeiro grau.

*II - É irrelevante que a acusação não tenha se insurgido contra o r. decisum de primeiro grau, uma vez que a sucumbência se deu apenas no julgamento do recurso de apelação, e o pedido do recurso especial se limita ao restabelecimento da condenação imposta na sentença.*

Ordem denegada. (HC 73.995/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 412; sem grifos no original.)

No mais, o Requerente alega que a decisão monocrática proferida no REsp n. 1.807.278/SP, ao restabelecer os termos da sentença no tocante à fixação da pena-base e afastamento da minorante do tráfico privilegiado, incorreu em indevido *bis in idem*.

A esse propósito, aduz que o recurso especial não poderia ter sido provido, na medida em que a quantidade da droga apreendida – no caso, 79,006Kg de maconha – fora utilizada como único fundamento, tanto para exasperar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, quanto para afastar a minorante do tráfico privilegiado, na terceira etapa dosimétrica.



A sentença de primeiro grau, na parte que interessa, contém os seguintes fundamentos (fls. 45-46; sem grifos no original):

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, *a grande quantidade apreendida (79,006 Kg) impõe a fixação da pena-base acima do mínimo legal*. A conduta dos réus, além de ousada, traz graves prejuízos à saúde pública deste país, facilitando que jovens e crianças tenham acesso a um produto extremamente danoso à saúde e gerador de dependência físico-química. Não bastassem essas consequências, o comércio da droga alimenta a violência e a criminalidade em nossas cidades, seja porque gera conflitos entre os traficantes pelo domínio da riqueza produzida pela venda dos entorpecentes, seja porque drena os recursos econômicos dos dependentes, conduzindo-os à atividade criminosa como única fonte de renda capaz de sustentar o vício. Diante disso, tendo em vista a apreensão de enorme quantidade de maconha, *aumento a pena-base em 1/4, fixando-a em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa*.

[...]

*Na terceira fase, não poderá ser aplicada a causa de diminuição da pena, conforme alegada pela defesa, posto que a grande quantidade de droga apreendida e seu considerável valor financeiro demonstram que os réus gozam da confiança dos demais envolvidos no transporte da droga, não fazendo jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.*

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerando que o cálculo levado a efeito pelo juiz de primeiro grau configurou *bis in idem*, reformou o édito condenatório *nesse ponto, reduzindo a pena-base ao mínimo legal e mantendo o afastamento do benefício*. (fls. 110-111; sem grifos no original):

*As penas-base dos apelantes foram fixadas em 1/4 (um quarto) acima do mínimo, à luz da grande quantidade de droga apreendida. Todavia, para que não se configure bis in idem, registro que uma mesma circunstância não pode, por si só, justificar a elevação da pena-base e o afastamento da redução de pena na terceira dosimétrica, tal como se procedeu na r. sentença.*

*Considerar isoladamente a quantidade de drogas apreendidas para recrudescimento da pena-base, portanto, induziria dupla incidência penal caso esta mesma circunstância viesse a fundamentar a negativa da redução decorrente do disposto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.*

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 666.334-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, julg. em 03.04.2014).

Destarte, mantida em aparte a circunstância referente à quantidade das drogas, para livre incidência na última fase da dosimetria, *ficam reduzidas as penas-base para o piso, de 5 anos de reclusão com 500 dias-multa mínimos.*

[...]

Prosseguindo à *terceira e última fase da dosimetria*, não assiste razão à combativa Defesa em relação à incidência da redução penal do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, pois *a circunstância utilizada pelo digno Magistrado de Primeiro Grau foi cabalmente comprovada nos autos e ampara de maneira idônea a conclusão exarada na r. sentença.* Observe-se que, além dos requisitos subjetivos, a concessão da benesse obedece ao comando normativo extraído do artigo 42 da Lei 11.343/06, que prevê que o julgador, na fixação das penas (ou seja, em toda a extensão da definição das reprimendas aplicáveis), considerará preponderantemente sobre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância ou produto, bem como a personalidade e conduta social do agente.

Como se percebe no caso em questão, de *muita relevância a quantidade de entorpecentes transportados – de livre apreciação nesta fase da dosimetria –*, porquanto se revele de especial reprovabilidade delitiva na medida em que se vislumbra a extensa violação do bem jurídico protegido, evidenciada no montante de usuários a que pretendia atingir, com a traficância de quase oitenta quilos de maconha.

Acrescenta-se que *tal atividade dos apelantes, de transporte interestadual de uma quantidade tão expressiva do entorpecente, é circunstância que bem indica que, no mínimo, não se tratava de atividade de traficância inédita de sua parte*, conforme sustentado por Valdemir, que pudesse qualificar os recorrentes como ‘traficantes de primeira viagem’ ou ‘pequenos traficantes’ (aqueles que comercializam drogas apenas para sustento do próprio vício ou subsistência básica), hipótese prevista pelo § 4º do artigo 33 da Lei em estudo. *Quantidade tão expressiva aponta para dedicação à atividade criminosa*, até porque não se obtém tal monta de entorpecente de modo fortuito ou ocasional, em qualquer canto de uma biqueira, muito menos se confia tal quantidade de droga a pessoas que não tenham alcançado o mínimo de confiabilidade

dentro da cadeia do tráfico. Por óbvio, *a confiança de que gozam os acusados nos meios criminosos, para o transporte deste montante de entorpecentes, decorre de sua dedicação a atividades ilícitas, o que não é infirmado pelo fato de se tratar de réus primários e portadores de bons antecedentes* [...]

Portanto, dado o montante de entorpecentes, aliado às demais circunstâncias mencionadas, inaplicável a causa de redução de pena. A reprimenda fica mantida tal qual estabelecida a pena-base, 5 anos de reclusão com 500 dias-multa mínimos.

Em seguida, sobreveio a combatida decisão monocrática do Ministro JORGE MUSSI que proveu o apelo nobre do *Parquet* estadual (REsp n. 1.807.278/SP), entendendo que a elevada quantidade de entorpecentes seria *fundamento válido para aumentar a pena-base e também para afastar a minorante* e, por isso, restabeleceu integralmente a sentença de primeiro grau.

Na referida decisão, foram citados os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a 3.<sup>a</sup> Seção: AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016; HC n. 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 19/03/2019; e AgRg no AREsp n. 1294081/PI, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 27/08/2018.

Observo que o referido pronunciamento unipessoal foi proferido em 09/08/2019 por Ministro então integrante da Quinta Turma, cujo entendimento a respeito do tema, à época, coincidia com aquele externado na decisão objeto da presente revisão criminal, sendo possível mencionar ainda diversos outros julgados contemporâneos, no mesmo sentido, a saber: HC 531.347/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; HC 529.831/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019; HC 477.867/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 18/02/2019.

*Ou seja, a jurisprudência da Quinta Turma à época não reconhecia bis in idem na prática de majorar a pena-base e também afastar o tráfico privilegiado com fundamento na quantidade e/ou natureza de entorpecentes, distinguindo tal situação da julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM.*

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉ QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE

DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. PERDA DE OBJETO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida - 3 tijolos de cocaína (2.984,10 g) - para estabelecer a sanção básica em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

5. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantia de droga apreendida, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

6. Esta Corte tem entendimento firme de que *é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.*

7. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. O pedido de prisão domiciliar está superado, uma vez que deferido pelo Juízo de primeiro grau.

10. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 529.831/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019; sem grifos no original.)

Sendo assim, considerando que a presente revisão criminal tem por objeto rever decisão monocrática, proferida pelo eminente Ministro Jorge Mussi, que se conformava à jurisprudência do órgão colegiado ao tempo em que proferida, entendo que não há como conhecer de seus fundamentos, tendo em vista que a jurisprudência dessa Corte está consolidada no sentido de que *“a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de Revisão Criminal”* (AgRg no HC 439.815/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/9/2019, DJe 17/9/2019), a não ser em hipóteses excepcionalíssimas que não estão presentes no caso.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. [...] 1. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando a sua aplicação retroativa, o que afasta as alegações de constrangimento ilegal e teratologia trazidos pelo agravante* (AgRg no HC 445.141/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe 1º/10/2018). 2. *In casu, à época do julgamento do recurso de apelação criminal interposto pela defesa do recorrente (7/2008), a questão objeto deste recurso, agora pacificada nesta Corte Superior em sentido que favorece o envolvido - aplica-se o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00(vinte mil reais) -, encontrava-se assentada em posicionamento diverso na Corte de origem e no STJ.* 3. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp n. 1.816.088/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, DJe 22/8/2019; sem grifos no original).

Por outro lado, não se olvida que esta Terceira Seção já se pronunciou no sentido de que é “*cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante*” (RvCr 3.900/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 15/12/2017). No mesmo sentido: RvCr 5.627/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2021, DJe 22/10/2021.

Nos dois referidos julgamentos – em que a Terceira Seção excepcionou o entendimento de que não cabe revisão criminal em face de mudança de jurisprudência – foram identificadas peculiaridades que não estão presentes no caso concreto. No julgamento da Revisão Criminal n. 3.900/SP, concluiu-se que a decisão revisada, na data em que proferida (06/08/2015), contrariou a jurisprudência desta Casa já consolidada anteriormente, sendo citados precedentes de 2013 em diante. Já no caso da Revisão Criminal n. 5.627/DF, aplicou-se o entendimento advindo de relevante alteração jurisprudencial, qual seja, reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso com repercussão geral reconhecida (RE n. 979.962/RS).

*O presente caso se distingue dos dois referidos precedentes, seja porque a decisão revisada se conformava à jurisprudência do colegiado ao tempo em que proferida, seja porque o entendimento jurisprudencial que se sucedeu não foi consolidado em precedente qualificado. Logo, não me parece ser o caso de excepcionar o entendimento firme desta Terceira Seção quanto ao descabimento de revisão criminal em face de mudança de entendimento jurisprudencial.*

Importante que se diga que, recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do RESP n. 1.887.511/SP, da relatoria do Min. João Otávio de Noronha – revisor desta revisão criminal –, consolidou algumas teses que posteriormente foram mitigadas pelo mesmo colegiado em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas.

Em que pese os julgamentos do RESP n. 1.887.511/SP e do HC n. 725.534/SP tenham sido de indiscutível relevância para a consolidação do entendimento das Turmas que integram a Terceira Seção quanto aos critérios da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, é importante observar que não se sujeitaram à sistemática dos recursos repetitivos e suas conclusões ainda vêm sendo acomodadas à imensa variedade de casos que assomam ao Superior Tribunal de Justiça.

Tanto é que, logo após o julgamento do RESP n. 1.887.511/SP, ambas as Turmas passaram a mitigar algumas de suas teses, culminando em nova análise por ocasião do julgamento do HC n. 725.534/SP, que propôs a retomada do entendimento jurisprudencial anterior. Esse breve apanhado reflete que é preciso acomodação temporal para que se conclua que há entendimento pacífico em torno de tais questões, em prestígio à segurança jurídica.

Vale frisar novamente que, a despeito de o precedente do Supremo Tribunal Federal ter sido proferido no ano de 2014 (*ARE 666.334/AM*), *a divergência acerca da situação em que a quantidade de drogas era utilizada para negar a minorante do tráfico persistiu no âmbito desta Corte de Justiça até o início do ano de 2020*. Logo, em prol da estabilidade jurídica, penso que *somente um maior distanciamento temporal* permitirá concluir que a referida jurisprudência ostenta a força necessária para, excepcionalmente, reverter provimentos jurisdicionais definitivos, como é o caso dos autos.

Por fim, pondero que o conhecimento da presente revisão criminal ensejará a reforma de inúmeras decisões e acórdãos proferidos, em sua maioria, pela Quinta Turma, até o início de 2020, sem que o cenário jurisprudencial ostente estabilidade suficiente para que se reconheça firme pacificação em torno do tema, em flagrante prejuízo à segurança jurídica.

Na verdade, o debate não está restrito à dosimetria do tráfico de drogas, pois, ao se conhecer desta ação, a Terceira Seção consolidará entendimento que abre espaço para ampla relativização da coisa julgada, permitindo que, à vista de qualquer mudança de entendimento jurisprudencial mais favorável ao réu, sejam constantemente revistas condenações definitivas já analisadas por esta Corte de Justiça.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** da revisão criminal.

É o voto.

**REVISÃO CRIMINAL Nº 5620 / SP (2021/0158110-6)**

**RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ**

**REVISOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

**REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ**

### **VOTO-REVISÃO**

#### **O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:**

Trata-se de revisão criminal ajuizada por VALDEMIR VIRIATO DE LIMA, condenado às penas de 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e de 729 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Pretende o requerente, em síntese, o refazimento da dosimetria da pena que lhe foi aplicada, sustentando a impropriedade da consideração da quantidade da droga apreendida (79kg de maconha) em duas fases: na primeira, para exasperação da pena-base; na terceira, para o afastamento do tráfico privilegiado.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial acolhimento da revisão criminal para consideração da atenuante da confissão espontânea.

A relatora, Ministra Laurita Vaz, apresentou minucioso voto, no qual enfrentou, com profundidade, as pretensões autorais.

É o relatório.

Ouso divergir do brilhante voto apresentado pela relatora quanto ao fechamento da porta da revisão criminal pela circunstância de a pretensão se ancorar em mudança de entendimento jurisprudencial.

A despeito de a relatora reconhecer que a Terceira Seção aceita o ajuizamento de revisão criminal em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, afasta essa possibilidade no caso concreto, por considerar ausente o requisito de corresponder a um novo entendimento pacífico e relevante.

Ocorre que o ponto específico desta ação revisional, a saber, a ocorrência ou não de *bis in idem* pela consideração da quantidade de drogas em duas fases da dosimetria, *já se encontra, há muito, pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.*

Em verdade, a partir da apreciação do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, *submetido ao regime de repercussão geral e julgado em 3/4/2014*, o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes *não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena, sob pena de incidência em inconstitucional bis in idem.* Aquele julgamento, de 2014, fixou a Tese n. 712, *in verbis*:



**Tese de Repercussão Geral n. 712 - As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.**

No STJ, o tema se encontra pacificado desde o julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, julgado em 9/6/2021. Ainda que o entendimento nele veiculado tenha sido parcialmente modificado em momento posterior, *não o foi nesse ponto específico*.

O entendimento adotado no REsp n. 1.887.511/SP sofreu evolução interpretativa apenas para flexibilizar a escolha do momento de consideração do vetor “natureza e quantidade de droga”. Os questionamentos que se seguiram na Terceira Seção nunca disseram respeito à eventual possibilidade de restauração de *bis in idem*, rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral. Limitaram-se, em verdade, à possibilidade de utilização do vetor “natureza e quantidade da droga apreendida” na primeira fase ou, alternativamente, na terceira; nesta última, para modulação da fração de redução de pena pelo tráfico privilegiado.

No julgamento do HC n. 725.534/SP, o tema foi remodelado nos termos da seguinte ementa:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.**

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal – AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas – p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg – por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que “as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”. O resultado do julgado foi assim proclamado:

Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).

8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que “A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).

9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida – 147 quilos de maconha).

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa. (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022.)

Como se vê, os accertamentos que se fizeram necessários à tese veiculada no REsp n. 1.887.511/SP *nunca afastaram a vedação de bis in idem, tampouco legitimaram o afastamento da causa de diminuição de pena pela natureza ou quantidade da droga.*

Passo ao exame do caso concreto.

Esta ação revisional foi ajuizada muito tempo após o julgamento do tema, em repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, em momento no qual já havia posicionamento firme sobre a inconstitucionalidade de *bis in idem* na dosimetria da pena de tráfico. Foi ajuizada poucos dias antes do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, que, em verdade, nada mais fez, no ponto específico, que consolidar o entendimento da Corte Constitucional.

Assim, considero ser imperativo adotar, na espécie, o entendimento consolidado pela Terceira Seção de que é “cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um *novo entendimento pacífico e relevante*” (RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe de 15/12/2017; RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/10/2021, DJe de 22/10/2021).

Entendo, pois, que o julgado comporta revisão pela Terceira Seção, que vem construindo, de maneira cautelosa e sólida, posicionamento firme sobre o tema sem há muito divergir quanto à impossibilidade de *bis in idem* pela dupla consideração do vetor apontado em fases diversas da dosimetria, de forma cumulativa.

Por consequência, entendo por bem restaurar, em parte, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconheceu a necessidade de aplicação do vetor relativo à quantidade de droga apreendida na terceira fase da dosimetria, retificando-o, no entanto, para impedir o afastamento do tráfico privilegiado por presunção de habitualidade no exercício de atividade criminosa. A quantidade de maconha apreendida em poder do acusado (79kg), que é substancial, será observada para redução da fração de diminuição de pena, na linha de julgados da Terceira Seção.

Lembro que os requisitos que impedem o tráfico privilegiado não podem ser presumidos pela quantidade de droga apreendida, devendo ser demonstrados caso a caso. Na espécie, não houve a identificação de elemento algum que levasse à caracterização de dedicação a atividade criminosa ou de integração a organização criminosa, sendo de se observar que o réu é primário e ostenta bons antecedentes.

No refazimento da dosimetria de pena aplicável ao réu, fica mantida a aplicação da pena-base em 5 anos e em 500 dias-multa, pela ausência de circunstâncias judiciais negativas. A confissão não produzirá efeitos como atenuante pelo fato de a pena ter sido fixada no mínimo legal.

Em seguida, reconhecido o direito à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduz a pena-base em 2/6, fixando a pena provisória em 3 anos e 4 meses de reclusão e em 233 dias-multa. Aplico ainda a causa de aumento de pena de 1/6, prevista no inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, chegando à *pena definitiva de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e de 271 dias-multa*.

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais negativas, fixo o regime semiaberto para seu cumprimento.

Com essas considerações, *conheço desta ação revisional para julgá-la parcialmente procedente, reconhecendo ao requerente o direito à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, refazendo a dosimetria, fixo a pena em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão no regime semiaberto e em 271 dias-multa.*

É o voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO**

**Número Registro: 2021/0158110-6**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**RvCr 5.620 / SP**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00022580620168260104 00124472520208260000 124472520  
20826000022580620168260104**

**PAUTA: 10/08/2022**

**JULGADO: 28/09/2022**

**Relatora**

**Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ**

**Revisor**

**Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

**Presidente da Sessão**

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

**Subprocuradora-Geral da República**

**Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

**Secretário**

**Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA**

## AUTUAÇÃO

**REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ**

**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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), não conhecendo da revisão criminal, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Jorge Mussi e Rogerio Schietti Cruz, e o voto divergente do Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Revisor), conhecendo desta ação revisional para julgá-la parcialmente procedente, reconhecendo ao autor o direito à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, refazendo a dosimetria da pena, fixando-a em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão no regime semiaberto e em 271 dias-multa, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

**REVISÃO CRIMINAL Nº 5620 / SP (2021/0158110-6)**

**RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ**

**REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ**

### **VOTO-VISTA**

Considerando-se que a presente revisão criminal tem por objeto decisão monocrática, da lavra do ilustre Ministro Jorge Mussi, proferida no julgamento do Recurso Especial n. 1.807.278-SP, impende registrar a existência de precedentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, inclusive de minha relatoria, os quais, conferindo interpretação restritiva ao art. 239 do Regimento Interno desta Corte, afirmam não ser cabível o ajuizamento de ação revisional em face de decisão proferida pelo relator do recurso sem que o debate tenha sido levado ao colegiado. A propósito confirmam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. 1. *DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA MONOCRATICAMENTE. NÃO CABIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. ART. 239 DO RISTJ.* 2. *PEDIDO DE APLICAÇÃO DE CAUSA REDUTORA DA PENA. ART. 16 DO CP. COMPOSIÇÃO CIVIL REALIZADA ANTES MESMO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FATO INÉDITO. 3. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE. RESSARCIMENTO DETERMINADO JUDICIALMENTE.* 4. *REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.*

1. *O revisionando se insurge contra decisão monocrática proferida no recurso especial, sem que tenha levado o debate ao colegiado, o que inviabiliza o cabimento da revisão criminal. De fato, o art. 239 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça disciplina ser cabível revisão criminal de decisões proferidas pela Corte Especial, pela Terceira Seção e pelas Turmas que a compõem, o que não é o caso dos autos.*

2. *A argumentação apresentada não autoriza o ajuizamento da revisão criminal pelo inciso III do art. 621 do Código de Processo Penal, pois não há se falar em descoberta de novas provas posteriores à sentença, uma vez que a composição civil ocorreu antes mesmo da denúncia, e constou expressamente da sentença condenatória a informação acerca da existência de sentença no Juizado Especial Cível.*

3. Para incidência do art. 16 do Código Penal faz-se necessária não apenas a reparação do dano, o que não foi comprovado segundo consta da sentença condenatória (e- STJ fl. 81), mas também a voluntariedade do agente, que fica descaracterizada quando o ressarcimento é determinado por meio de decisão judicial no juízo cível, conforme se verifica ser o caso dos autos.

4. Revisão criminal julgada improcedente. (RvCr n. 1.146/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 2/12/2015).

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA REVISÃO CRIMINAL. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. ART. 239 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NÃO APONTADAS EVIDÊNCIAS DOS PRÓPRIOS AUTOS OU CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO LEGAL. ART. 621, III, DO CPP. NÃO APONTADA PROVA NOVA. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS OU RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO. CONDENAÇÕES EM AÇÕES PENASIS DISTINTAS POR CRIMES DIVERSOS COMETIDOS EM MESMO CONTEXTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A pretensão de revisar o decidido monocraticamente nesta Corte esbarra nas hipóteses de cabimento da revisão criminal contida no art. 239 do Regimento Interno do STJ.*

1.1. Caso se considere cabível a revisional, a peça revisional não preenche as hipóteses do art. 621, I e III, do CPP, pois a pretensão consiste em aplicar idêntica fração pela incidência da causa de aumento do art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, para condenações em ações penais distintas por crimes diversos (tráfico e associação para o tráfico de drogas) cometidos em mesmo contexto fático.

1.2. A fração de 1/6 aplicada em uma ação penal para a condenação por associação para o tráfico de drogas, por si só, não torna a fração de 2/3 aplicada para o tráfico de drogas em outra ação penal contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, nem se consubstancia prova nova que determina diminuição de pena, pois inexistente conflito entre coisas julgadas ou relação de subordinação entre as razões de decidir adotadas para a individualização da pena.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg na RvCr n. 5.665/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 3/5/2022).



Todavia, recentemente, esta Terceira Seção pronunciou-se favoravelmente à possibilidade de ajuizamento de revisão criminal contra decisão monocrática, conforme julgado que restou assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL REVISÃO CRIMINAL. AJUIZAMENTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Nos termos do art. 105, I, alínea e, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, as revisões criminais rescisórias de seus julgados.
2. *É cabível o ajuizamento de revisão criminal em face de decisão unipessoal de relator, no Superior Tribunal de Justiça, que dá provimento a recurso especial para restabelecer sentença condenatória.*
3. Agravo regimental provido para determinar o processamento da revisão criminal. (AgRg na RvCr n. 5.601/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe de 20/9/2022).

Tendo em vista minha ausência justificada na sessão em que julgado o precedente acima mencionado, aproveito a oportunidade para consignar que, refletindo acerca do tema, alterei meu entendimento, passando a abraçar a tese da admissibilidade da revisão criminal em face de decisões monocráticas, porquanto ostentam a mesma eficácia das decisões colegiadas por elas substituídas.

Com efeito, a inadmissão de revisão criminal contra decisão monocrática revela injustificável desprestígio a entendimento consolidado na Súmula n. 568 desta Corte Superior segundo a qual *“o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”*. Em outras palavras, no momento em que o relator decide monocraticamente o faz em nome do colegiado, ou seja, antecipa o previsível resultado de eventual decisão colegiada, com esteio na jurisprudência majoritária acerca do tema, razão pela qual revii meu posicionamento.

Consignado o necessário registro sobre a admissibilidade de revisão criminal interposta contra decisão unipessoal, passo à análise da questão nevrálgica para a solução do caso concreto, qual seja: o cabimento ou não da revisão criminal ao fundamento de ter havido alteração jurisprudencial sobre determinado tema.

A meu ver esse constitui o núcleo da controvérsia entre o voto da ilustre Ministra Laurita Vaz e o voto divergente do igualmente ilustre Ministro João Otávio de Noronha.

Quanto ao ponto, para a construção do meu raciocínio acerca do tema, parto da premissa de que a Terceira Seção do STJ entende, como regra, que *“a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal”*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REVISÃO CRIMINAL. MUDANÇA JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *A mudança ou modificação na orientação jurisprudencial, mesmo que favorável ao condenado, não autoriza o uso da revisão criminal, conforme firme entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl na RvCr n. 5.544/DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 17/8/2022).

Outrossim, não se presta à desconstituição do trânsito em julgado eventual mudança de orientação jurisprudencial, como ocorreu no presente caso, dado que à época da condenação transitada em julgado a jurisprudência deste Tribunal era-lhe consonante.

Todavia, referido entendimento tem sido flexibilizado tão somente nas excepcionais hipóteses em que haja novo entendimento benéfico ao réu e que tal entendimento seja relevante e atual. Vejamos:

REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS BENIGNO E ATUAL. CABIMENTO. PRECEDENTE. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RESTABELECIMENTO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

1. *Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. Precedente.*

2. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* n. 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar

a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

3. A partir da solução da questão, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Destarte, a maioria dos julgadores desta Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

4. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, *a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento desta Corte mais benigno e atual aos recorrentes, mormente quando a maioria dos julgadores desta Terceira Seção se posicionam no sentido da pretensão recursal.*

5. No caso, assentado pelo Tribunal de origem que os recorrentes são primários, possuem bons antecedentes e, inexistindo provas de que integrem organização criminosa ou mesmo dedicação à atividade delitiva, deve ser mantida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração adotada pelas instâncias ordinárias - 1/2, restando totalizadas as reprimendas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. As penas privativas de liberdade permanecem substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos como determinado pelo Tribunal a quo.

6. Revisão criminal procedente. (RvCr n. 5.627/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 22/10/2021).

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL FUNDADA NO ART. 621, I, CPP. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, CP) PRATICADO POR TERCEIRO NÃO BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO IUS PUNIENDI RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO (ART. 630, CPP). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PENA DE MULTA: POSSIBILIDADE.

1. Ao negar seguimento a recurso especial da defesa, com amparo no enunciado n. 83 da Súmula/STJ, compara-se o tratamento

dado ao mérito da controvérsia pelo Tribunal de segundo grau com o entendimento prevalente nesta Corte sobre o mesmo tema. Nesse sentido, é de se reconhecer a existência de exame de mérito da controvérsia apto a definir a competência deste Tribunal para o exame da revisão criminal. Inteligência do art. 240 do Regimento Interno do STJ.

*2. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante.*

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o crime de estelionato previdenciário praticado para que terceira pessoa possa se beneficiar indevidamente da fraude tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes, devendo ser contado o prazo prescricional a partir do recebimento da primeira prestação do benefício indevido. A orientação se alinha com o entendimento exarado pela Corte Suprema, ao examinar o Agravo Regimental no ARE n. 663.735/ES, quando reconheceu a natureza binária do crime de estelionato previdenciário, a depender de quem pratica a conduta, o próprio beneficiário da vantagem indevida ou um intermediário para que terceira pessoa receba o benefício previdenciário ilícitamente.

4. No caso concreto, reconhecida a natureza jurídica do delito como crime instantâneo de efeitos permanentes, o termo inicial do prazo prescricional é a data do pagamento da prestação do primeiro benefício indevido que ocorreu em março/1985. Dado que a pena máxima em abstrato cominada para o delito do art. 171, § 3º, do CP é de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, aplica-se-lhe o prazo prescricional de 12 (doze) anos, previsto no art. 109, III, do CP. Vê-se, assim, que a prescrição do direito estatal de exercer o jus puniendi ocorreu em 1997. Entretanto a denúncia somente veio a ser recebida em 03/08/2004.

5. Não há como se reconhecer a existência de erro judiciário capaz de gerar indenização por injusta condenação (art. 630, CPP) se a sentença condenatória fundou-se em interpretação jurisprudencial controversa à época da condenação e que somente veio a se firmar após a confirmação da sentença pelo Tribunal de segundo grau.

6. Rescindida a condenação, tem direito o autor à devolução dos valores que pagou, indevidamente, a título de pena de multa, devidamente atualizados pelos índices previstos no Manual de

Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora contados a partir do trânsito em julgado da revisão criminal.

7. Revisão criminal que se julga procedente, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do requerente em relação à condenação que lhe foi imposta pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, na Ação Penal n. 2000.61.81.000278-5/SP. (RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 15/12/2017).

Para que se evite o enfaro da repetição do eficiente relatório já constante nos autos, com o intuito de delimitar o ponto controvertido que será analisado no presente voto-vista, rememore-se que o recorrente sustenta, com esteio no entendimento firmado pela Excelsa Corte quando do julgamento do ARE 666.334/AM, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES, que configura *bis in idem* usar o mesmo fundamento – no caso, a apreensão de 79,006kg de maconha – para exasperar a pena base e afastar a minorante do tráfico privilegiado, tese que objetiva ser acolhida na presente revisão criminal.

Sem perder de vista as considerações acima desenvolvidas, chamo a atenção ao inteiro teor da decisão monocrática da lavra do Min. JORGE MUSSI, proferida no REsp 1807278/SP, objeto da presente ação revisional, com o olhar voltado às seguintes perquirições: 1) à época da prolação do *decisum*, havia jurisprudência consolidada do órgão fracionário acerca do tema; 2) se houve superveniente alteração jurisprudencial benéfica ao requerente que possa ser considerada relevante e consolidada a ponto de justificar o excepcional conhecimento da revisão criminal. Eis o teor da decisão monocrática:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, fundamentado na alínea c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Depreende-se da análise dos autos que Perla Elizabeth Martinez Lopez e Valdemir Viriato de Lima foram condenados às penas de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, como incursos nos arts. 33, *caput*, e 40, V, ambos da Lei 11.343/2006, porque transportavam 79 (setenta e nove) tablettes de maconha, totalizando aproximadamente 79,600 kg (setenta e nove quilos e seiscentos gramas) do entorpecente.

O Tribunal a quo deu provimento parcial à apelação da defesa tão somente para redimensionar a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque entendeu que uma mesma circunstância judicial não pode justificar concomitantemente a elevação da pena-base e o afastamento do redutor do tráfico privilegiado (e-STJ fls. 492-514).

Nas razões do recurso especial, o *Parquet* alega violação do art. 59 do Código Penal e dos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei de Drogas.

Sustenta, em síntese, que a quantidade de drogas pode ser usada simultaneamente para exasperar a pena-base e afastar o redutor do tráfico privilegiado. Requer, ao final, o provimento do especial para que seja restabelecida a sentença (e-STJ fls. 521-549). Após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 569-570), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça. Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do inconformismo (e-STJ fls. 580-582). É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal. No presente caso, a Corte a quo, ao apreciar a questão, asseverou (e-STJ fls. 505-506 – destaques acrescidos):

*[...] Passo à análise das reprimendas impostas, que merecem algum reparo.*

As penas-base dos apelantes foram fixadas em 1/4 (um quarto) acima do mínimo, à luz da grande quantidade de droga apreendida. Todavia, *para que não se configure bis in idem, registro que uma mesma circunstância não pode, por si só, justificar a elevação da pena-base e o afastamento da redução de pena na terceira dosimétrica, tal como se procedeu na r. sentença.* Considerar isoladamente a quantidade de drogas apreendidas para recrudescimento da pena-base, portanto, induziria dupla incidência penal caso esta mesma circunstância viesse a fundamentar a negativa da redução decorrente do disposto no artigo 33, §4 e, da Lei 11.343/06. Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 666.334-RG, Rei. Min. Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, julg. em 03.04.2014). Destarte, mantida em aparte a circunstância referente à quantidade das drogas, para livre incidência na última fase

da dosimetria, ficam reduzidas as penas-base para o piso, de 5 anos de reclusão com 500 dias-multa mínimos.

Depreende-se do excerto transcrito que o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento firmado neste Superior Tribunal de que “a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem” (AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

A propósito (destaques acrescidos):

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE (ART. 42, LAD) E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA PARA O AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO. FUNDAMENTOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 617, DO CPP. INOCORRÊNCIA. PLEITOS DA ACUSAÇÃO DEVIDAMENTE FORMULADOS NO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. 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 em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VI - 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 da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de *bis in idem*.

VII - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

VIII - *Na hipótese, a majoração da pena-base está fundada na quantidade de drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.*

[...]

*Habeas corpus* não conhecido.

(HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal a quo afastou o benefício, concluindo que o agravante se dedica à atividade criminosa, de modo que entender de forma diversa, como pretendido, demandaria o revolvimento das provas carregadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável, assim, a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

2. *A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) - por demonstrar que o acusado*



*se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem.*

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1294081/PI, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 27/08/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, *dá-se provimento ao recurso especial* para restabelecer a sentença.

Após atenta leitura da decisão monocrática que o requerente pretende ver revisada, constata-se que referido *decisum*, publicado em 14/8/2019 e cujo trânsito em julgado ocorreu em 20/8/2019, retrata fielmente a jurisprudência da Quinta Turma do STJ, àquela época, acerca do tema. Frise-se, também, que referida jurisprudência não ignorava a existência RE 666.334-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, do julgamento, em 3/4/2014, pela Excelsa Corte. Por oportuno, vejam-se as ementas dos seguintes julgados contemporâneos à aludida decisão:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉ QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. PERDA DE OBJETO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida - 3 tijolos de cocaína (2.984,10 g) - para estabelecer a sanção básica em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

5. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantia de droga apreendida, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Precedentes.

6. *Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.*

7. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. O pedido de prisão domiciliar está superado, uma vez que deferido pelo Juízo de primeiro grau.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 529.831/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 17/12/2019).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE

PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APETRECHOS E ARMAS APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFISTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante. In casu, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade/natureza da droga “tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006” (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).*

2. Verifica-se que o Tribunal a quo negou o benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade e da natureza droga apreendida e das circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. A quantidade e natureza da droga apreendida - 794g de cocaína - constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso (fechado).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.843.634/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 19/12/2019).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, aliadas a outras circunstâncias do delito, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, por tal razão, podem fundamentar o afastamento da aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

2. No caso, além da Corte de origem ter feito referência a grande quantidade do entorpecente apreendido para afastar a incidência do redutor em comento, também apontou outras circunstâncias do delito, sobretudo o fato de o agravante ter adquirido a droga em Ponta Porã/MS para realizar o comércio em Dourados/MS, cujo transporte estava sendo feito em um carro preparado com os tabletes de entorpecente, demonstram que o apelante dedicase às atividades criminosas, fundamentos que são suficientes para indicar sua habitualidade criminosa. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA. DUPLA VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA.

1. *É sabido que “a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura bis in idem.” (AgRg no HC 296.344/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 09/05/2018).*

2. *É “hipótese diversa daquela discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga ‘tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006’ (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014)”.*

REGIME INICIAL FECHADO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso.
2. Conquanto a reprimenda não ultrapasse a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis justifica a manutenção do modo de execução mais gravoso, consoante vem decidindo este Sodalício.
3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 486.465/MS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 2/8/2019).

Como se vê, a jurisprudência da Quinta Turma do STJ, à época da prolação da decisão cuja desconstituição se pleiteia na revisional, considerava que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) não configura *bis in idem*, sob a justificativa de que o montante de droga tem o condão de denotar a dedicação do acusado às atividades criminosas ou sua interação em organização criminosa. Nesse ponto, ressalte-se que, na espécie, não houve superveniente decisão do STF, a exemplo do que ocorreu na RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/12/2017, no qual a Terceira Seção excepcionou o entendimento de ser incabível revisão criminal por inovação jurisprudencial.

Registre-se, outrossim, que na RvCr n. 5.627/DF, de minha relatoria, DJe de 22/10/2021, no qual a Terceira Seção também excepcionou a regra do não cabimento de revisional por alteração jurisprudencial, a guinada da jurisprudência se mostrava mais firme e acentuada do que no caso ora em análise, eis que a Corte Especial deste Tribunal, quando do julgamento da AI no HC 239.363/PR, reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do Código Penal e determinou a aplicação da pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006. Naquele caso, de minha relatoria, embora fosse possível identificar oscilação na jurisprudência desta Corte tão somente quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, demonstrou-se que a maioria dos Ministros desta Terceira Seção se posicionavam no sentido da pretensão recursal, qual seja, pela aplicação da minorante.

Nessa linha de intelecção, adiro ao entendimento esposado pela em. Ministra Relatora no sentido de que os precedentes desta Terceira Seção que, de forma excepcional, admitiram revisão em face de relevante e consolidada alteração da jurisprudência do STJ (RvCr 3.900/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/10/2021; RvCr 5.627/DF, de minha relatoria, DJe 22/10/2021) possuem particularidades que não se encontram presentes no caso ora em análise.

Com a devida vênia, discordo do ilustre Revisor desta ação no ponto em que assevera que a ação revisional em análise, ajuizada poucos dias antes do julgamento

do REsp n. 1.887.511/SP, deve ser conhecida. Isso porque seu ponto de vista parte da equivocada premissa de que o referido recurso especial teria consolidado no STJ o entendimento do STF, firmado em paradigma com repercussão geral reconhecida sobre a dosimetria da pena no tráfico de drogas (Tema 712).

Ocorre que, como bem ponderou a relatoria da presente revisão criminal, em que pese a inestimável contribuição do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021, com vistas a estabelecer balizas para a utilização da quantidade de droga como fundamento idôneo para cálculo de pena no sistema trifásico, faz-se necessário avanço temporal para que se possa afirmar que esta Corte Superior de Justiça possui nova jurisprudência consolidada acerca do tema. Notadamente, consoante apontou o minucioso voto da Ministra Laurita Vaz, algumas teses desenvolvidas no aludido recurso especial foram mitigadas no julgamento do HC 725534/SP, Terceira Seção, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 1/6/2022, no qual ficaram vencidos o Ministro João Otávio de Noronha e Ministro Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região.

Ante o exposto, respeitado o entendimento divergente manifestado pelo em. Min. João Otávio de Noronha, acompanho o voto da insigne relatora, Ministra Laurita Vaz, para não conhecer da presente revisão criminal.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO**

**Número Registro: 2021/0158110-6**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**RvCr 5.620 / SP**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00022580620168260104 00124472520208260000 124472520  
20826000022580620168260104**

**PAUTA: 10/08/2022**

**JULGADO: 23/11/2022**

**Relatora**

**Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ**

**Revisor**

**Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

**Presidente da Sessão**

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

**Subprocurador-Geral da República**  
**Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

**Secretário**  
**Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA**

### **AUTUAÇÃO**

**REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA**  
**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**CORRÉU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ**  
**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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, não conhecendo da revisão criminal, pediu vista antecipada (coletiva) o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Ausentes, justificadamente, nessa assentada, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

## REVISÃO CRIMINAL Nº 5.620 / SP (2021/0158110-6)

### VOTO-VISTA

#### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

**VALDEMIR VIRIATO DE LIMA** ajuíza revisão criminal, com fundamento no art. 621, I, do CPP, contra decisão prolatada pelo Ministro Relator Jorge Mussi, nos autos do REsp n. 1.807.278/SP, que restabeleceu a sentença condenatória, por não entender configurado o *bis in idem* na utilização concomitante da quantidade da droga para elevação da pena-base e afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, nestes termos:

Depreende-se do excerto transcrito que o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento firmado neste Superior Tribunal de que “a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*” (AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

[...]

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, dá-se provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

Nesta revisão criminal, calcada no art. 621, I e III, alega a defesa, em síntese, os seguintes pontos: i) ocorrência de *reformatio in pejus* indireta, visto que a sentença não havia sido objeto de apelação do Ministério Público e, portanto, não poderia, em recurso especial, ser a decisão prejudicial ao réu; ii) impossibilidade de utilização concomitante da quantidade da droga para nortear a primeira fase e para impossibilitar a incidência do redutor; iii) incidência da atenuante da confissão espontânea; iv) aplicação de regime mais brando para início do cumprimento da pena.

De entrada, tal como assinalou a Ministra Laurita Vaz, registro que a simples leitura da inicial evidencia que o pleito também foi manejado com fundamento no inciso III do art. 621 do CPP, segundo o qual a revisão será admitida “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (grifei). *No entanto, nenhuma prova nova foi mencionada nos autos, a afastar o cabimento da presente via com base no referido dispositivo legal.*



Cabe destacar, ainda, na esteira da orientação desta Corte, que só se “admite revisão criminal ajuizada em face de matéria efetivamente examinada no recurso especial atacado” (RvCrn. 3.370/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 3ª S., DJe 13/3/2017, destaquei). Na hipótese, contudo, *o recurso especial não versou sobre a incidência da atenuante da confissão, tampouco sobre o regime de cumprimento da pena, mas apenas sobre a inexistência de bis in idem na utilização da quantidade da droga na primeira e terceira fases da aplicação da pena.*

Além disso, deve ser afastada a alegação de *reformatio in pejus*, na medida em que o recurso especial foi interposto pelo Ministério Público contra acórdão que reformou a decisão de primeiro grau, esta, por sua vez, que dirimiu a controvérsia em harmonia com a pretensão acusatória e, por isso mesmo, não foi objeto de apelação. No recurso especial, portanto, apenas se restabeleceu a sentença.

Assim, somente seria possível o exame desta revisão criminal com base no inciso I do art. 621 do CPP, análise esta, contudo, que deveria ficar restrita à existência (ou não) de contrariedade ao texto expresso de lei relativamente à possibilidade (ou não) de se considerar a quantidade da droga como vetor preponderante da primeira fase e, também, como óbice para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

No particular, como salientou a Relatora, não se trata bem dessa hipótese, visto que a pretensão defensiva é a de aplicar a jurisprudência agora favorável, a qual foi estabelecida na direção de que a aplicação concomitante da quantidade na primeira e na terceira fase de fixação da pena acarreta *bis in idem*. De fato, no caso, a jurisprudência da Quinta Turma, à época do julgamento do recurso especial, entendia possível a utilização da quantidade para ambas as operações.

Oportuno frisar que a “jurisprudência deste Tribunal Superior é assente no sentido de que *a mudança de posicionamento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória não possibilita o ajuizamento de revisão criminal, sob pena de violação aos princípios da coisa julgada e da segurança jurídica, sendo tal entendimento flexibilizado tão somente nas hipóteses em que haja novo entendimento benéfico ao réu e que tal entendimento seja relevante e atual* (RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, DJe de 22/10/2021; e RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 15/12/2017)” (AgRg no HC n. 637.902/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe 30/3/2023, destaquei).

Diante disso, *a controvérsia estabelecida nesta oportunidade está em saber, na verdade, se o caso se enquadra na hipótese de relevante entendimento jurisprudencial que foi modificado em favor do réu, de modo a possibilitar a superação do não cabimento da revisão criminal, em abrandamento à previsão contida no art. 621, I, do CPP.*

Em primeiro lugar, assinalo que estou de acordo com a Relatora quando pontuou que o caso é distinto daqueles precedentes que originaram a possibilidade de cabimento da revisão quando há modificação favorável ao réu de compreensão jurisprudencial relevante, *seja porque a decisão objeto desta revisão se harmonizava*

*com a pacífica jurisprudência ao tempo em que proferida, seja porque o entendimento que se sucedeu não foi consolidado em precedente qualificado.*

Em segundo lugar, acrescentaria a *insegurança jurídica ocasionada com a aceitação desta revisão criminal*. Isso porque abriria espaço para uma pletora de revisões calcadas em jurisprudência modificada ao longo dos anos, as quais poderiam não se restringir à fixação da pena, mas também a diversos outros aspectos penais ou processuais que não se identificam, necessariamente, com questões relevantes a ensejar, por exemplo, a própria absolvição do réu (situação na qual considero justificada a revisão).

Por fim, digno de nota é que a questão acerca da possibilidade de utilização da quantidade da droga em ambas as etapas da aplicação da pena persistiu até o início de 2020, como frisou a Ministra Laurita Vaz, circunstância que denota se tratar de tema recente e que pode ainda estar sujeito a alteração, de tal sorte a afastar, em razão da estabilidade jurídica da coisa julgada, a possibilidade de cabimento da revisão criminal.

À vista do exposto, *acompanho a Ministra Laurita Vaz para não conhecer da revisão criminal.*

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

**Número Registro: 2021/0158110-6**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**RvCr 5.620 / SP**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00022580620168260104 00124472520208260000 124472520  
20826000022580620168260104**

**PAUTA: 10/08/2022**

**JULGADO: 14/06/2023**

**Relatora**

**Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ**

**Revisor**

**Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

**Presidente da Sessão**

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

**Subprocuradora-Geral da República**

**Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

**Secretário**

**Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA**

### **AUTUAÇÃO**

**REQUERENTE: VALDEMIR VIRIATO DE LIMA**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**CORRÊU: PERLA ELIZABETH MARTINEZ LOPEZ**

**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 TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, acompanhando o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), não conhecendo da revisão criminal, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar), a Terceira Seção, por maioria, não conheceu da revisão criminal, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior, que conheciam da revisão criminal e julgavam-na parcialmente procedente.

Votaram vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Revisor) e Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto (declarou-se apto a votar) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.