



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 472.048 - SP (2018/0257629-5)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ITALO ROSA MAIA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA AFASTAR A MINORANTE. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Considerada a quantidade de droga na primeira fase da dosimetria para aumentar a pena-base, sua consideração como motivo para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 configuraria indevido *bis in idem*. Precedentes.

2. Na hipótese, não foram apresentados outros elementos concretos que pudessem demonstrar a dedicação do sentenciado a atividades criminosas, situação de manifesto constrangimento ilegal.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 472.048 - SP (2018/0257629-5)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ITALO ROSA MAIA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha lavra que concedeu a ordem de *habeas corpus* ao ora agravado a fim de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, e alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o intermediário.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que foi surpreendido na posse de **3 (três) frascos pequenos contendo 15ml (quinze mililitros) de lança-perfume e 3 (três) frascos grandes pesando 1,93l (um litro e noventa e três centilitros) da mesma substância, que comprovaram ser diclorometano** (e-STJ fls. 9/14).

Interposta apelação pelas partes, os desembargadores da Nona Câmara de Direito Criminal do Tribunal *a quo* deram parcial provimento aos apelos para reconhecer a menoridade relativa e afastar o redutor, alterando a pena do acusado para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas (e-STJ fls. 15/26).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 16):

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença Condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Partes apelam. Ministério Público objetiva o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aplicada à ÍTALO. Defesa objetiva, em síntese, a absolvição ante a fragilidade do conjunto probatório. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena base ao mínimo legal, aplicação da circunstância atenuante relativa à menoridade, em relação a ÍTALO, a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, na Lei de Drogas, em relação a BRUNO, e o abrandamento do regime prisional inicial. Razão em parte para ambas as partes. Materialidade e autoria bem delineadas. Provas dos autos sustentam de forma clara e indubitosa a condenação.

Dosimetria merece reparo com relação a ÍTALO. Na segunda etapa, de rigor o reconhecimento da menoridade relativa, com a redução da pena ao piso. Na terceira fase, afastamento do redutor, ante a diversidade e quantidade de droga apreendida. Regime fechado bem fundamentado.

Sentença reformada. Recurso ministerial e do correu ÍTALO providos e recurso de BRUNO improvido.

Neste *writ*, a Defensoria Pública apontou constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento do tráfico privilegiado.

Alegou a ocorrência do indevido *bis in idem*, uma vez que a quantidade de droga apreendida foi utilizada tanto para exasperar a pena-base como para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Asseverou, também, que, considerando-se a primariedade do então paciente bem como o *quantum* da pena, seria de rigor a fixação do regime inicial diverso do fechado.

Postulou, assim, a concessão da ordem a fim de que fosse aplicado o pretendido redutor (e-STJ fls. 1/5).

A ordem foi concedida com a aplicação da causa especial de diminuição da pena, em seu grau máximo, com fundamento na ocorrência do indevido *bis in idem*, além de ser alterado o regime prisional para o semiaberto (e-STJ fls. 40/46).

No presente agravo regimental, o Ministério Público Federal sustenta que o agravado foi surpreendido na posse de "6 frascos de lança-perfume, além de 70g de maconha e 22,6g de cocaína" (e-STJ fl. 55), e que não constitui *bis in idem* a utilização da quantidade de droga para exasperar a pena-base, bem como afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão do redutor na fase derradeira da dosimetria.

Diante disso, pede a reconsideração da decisão agravada ou, em assim não entendendo, a submissão do presente agravo regimental ao colegiado, para que seja provido, no sentido de não conhecer da ordem (e-STJ fls. 51/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 472.048 - SP (2018/0257629-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como se vê do relatório, busca o Ministério Público Federal, neste agravo regimental, a reforma da decisão que concedeu a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no montante de 2/3, sob o argumento de que o réu se dedica à atividade criminosa, bem como pela possibilidade de utilização da quantidade de entorpecente apreendido tanto para elevar a reprimenda básica quanto para afastar o redutor, sem caracterizar o alegado *bis in idem*.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, o Tribunal de Justiça assim se manifestou (e-STJ fls. 21/23):

Passo à análise da dosimetria.

1 – ÍTALO:

Em atenção às circunstâncias dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, na primeira fase, a base foi majorada em 1/6 (um sexto) acima do piso, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, ante a quantidade e diversidade da droga apreendida [...].

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda fase, deve ser reconhecida a atenuante da menoridade (fl. 36), devendo a pena retornar ao mínimo, como sustenta a defesa.

Na terceira etapa, foi aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em 1/6 (um sexto). Neste ponto, o Ministério Público requer seja afastado o reconhecimento do privilégio.

Com razão o órgão acusatório.

Isto porque, para que seja reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, é imperativo que estejam presentes, concomitantemente, as seguintes circunstâncias:

agente primário; de bons antecedentes; e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ora, conquanto seja, de fato, primário, o acusado se dedica ao tráfico de drogas, o que se denota pela grande quantidade e diversidade de drogas apreendidas, o que revela que o apelante tinha o tráfico como seu meio de vida, não sendo neófito no meio criminoso, ainda mais na companhia de indivíduo já procurado pela justiça [...].

[...]

Neste diapasão, afasto o reconhecimento do privilégio e torno definitiva a pena do delito de tráfico de entorpecentes, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

Como se observa, **a pretendida minorante foi afastada com base na quantidade de droga apreendida, que levou à conclusão de que o acusado praticava atividade criminosa.**

No entanto, ressalta-se que **a mesma circunstância foi utilizada para a majoração da pena-base, incidindo, assim, o Tribunal local no inaceitável *bis in idem*.**

Verifica-se que **não foram apresentados outros elementos concretos que pudessem demonstrar a dedicação do sentenciado a atividades criminosas**, situação de manifesto constrangimento ilegal.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776/MS, nos quais o Plenário consagrou a orientação de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto na fixação da pena-base como na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 configura dupla valoração inadmissível.

Acresça-se, ainda, que, em repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reafirmou-se que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena.

No mesmo sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGAS. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. MODULAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Constitui indevido bis in idem a valoração negativa da quantidade e natureza da droga na primeira etapa da dosimetria e a utilização concomitante na terceira etapa para negar ou mesmo modular a fração de diminuição da pena pelo privilégio no crime de tráfico de drogas.

2. *Agravo regimental improvido* (AgInt no AREsp 1366663/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019, grifei).

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. [...] UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA EM DUAS ETAPAS DO CÁLCULO DE PENA. BIS IN IDEM CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

[...]

4. O Magistrado de primeiro grau fundamentou a dosimetria da pena, na primeira fase, acima do mínimo legal, "por serem prejudiciais as circunstâncias e consequências do crime, relacionadas à natureza e quantidade da droga apreendida, sem que existam circunstâncias judiciais favoráveis" (fls. 43 e 48). A fração mínima da causa de diminuição do tráfico privilegiado foi mensurada, também, na mesma circunstância (quantidade substancial de droga).

5. Tal entendimento, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, configura o indevido bis in idem na dosimetria da pena.

6. Ordem de habeas corpus concedida em parte, para que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proceda à nova dosimetria da pena das Pacientes, com a utilização da circunstância relativa à natureza e quantidade de droga somente em uma das etapas do cálculo da pena (HC 468.186/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. O agravante não trouxe elementos novos para refutar a configuração do indevido bis in idem na espécie, visto que a decisão impugnada foi clara ao demonstrar que tanto a exasperação da pena-base quanto a aplicação da minorante em patamar diferente do máximo foram justificadas pela quantidade e pela natureza das drogas apreendidas.

3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão impugnada.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 291.870/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018, grifei).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA CONSIDERADA PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MESMA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. VEDADO O BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "A utilização cumulativa da quantidade da droga apreendida na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, de acordo com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no ARE n. 666.334/AM." (AgRg no AREsp n. 1140945/SP, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 21/11/2017).

2. No caso dos autos, as instâncias ordinárias não apontaram outras evidências, além da quantidade de drogas, de que o réu integrasse organização criminosa ou se dedicasse a atividades ilícitas, de forma que a modificação desse entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandaria reexame fático-probatório, o que não é possível no recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

3. *Agravo regimental desprovido* (AgRg no REsp 1722742/SP, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018, grifei).

Por oportuno, ao contrário do alegado pelo órgão ministerial, o agravado foi surpreendido na posse de **"3 frascos pequenos contendo 15ml de lança perfume e 3 frascos grandes pesando 1,93l de lança perfume, que comprovaram ser diclorometano"** (e-STJ fl. 9), sendo os demais entorpecentes de propriedade de outro acusado que se encontrava na companhia do réu.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0257629-5

AgRg no
HC 472.048 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00054749420178260635 11822017 1300044923175 20180000649890 54749420178260635
7712017

EM MESA

JULGADO: 19/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO ROSA MAIA
CORRÉU : BRUNO ROSA DOMINGUES

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ITALO ROSA MAIA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.