



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.651.152 - SP (2017/0019652-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : SAMUEL FERNANDES
ADVOGADO : RODRIGO SOARES DE CARVALHO - SP245891
AGRAVADO : RENAN MATHEUS SALLES DE LIMA
ADVOGADO : EDNA BRITO FERREIRA - SP028028
AGRAVADO : CLEBER JUNIOR RODRIGUES
ADVOGADO : EMILIO SÁNCHEZ NETO - SP184335
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA- BASE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA AFASTAR A MINORANTE. *BIS IN IDEM*. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE.

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. Configura inovação recursal tese não declinada no bojo do recurso especial e trazida ao conhecimento desta Corte no agravo regimental. No caso, o Ministério Público Federal, ora agravante, pretende ampliar o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo ao interpor o apelo raro, o que não se admite.

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 Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 26 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.651.152 - SP (2017/0019652-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **SAMUEL FERNANDES**
ADVOGADO : **RODRIGO SOARES DE CARVALHO - SP245891**
AGRAVADO : **RENAN MATHEUS SALLES DE LIMA**
ADVOGADO : **EDNA BRITO FERREIRA - SP028028**
AGRAVADO : **CLEBER JUNIOR RODRIGUES**
ADVOGADO : **EMILIO SÁNCHEZ NETO - SP184335**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de minha lavra que negou provimento ao recurso especial ajuizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que: a) SAMUEL FERNANDES foi condenado pela prática dos delitos de tráfico de drogas, de associação para o tráfico e de uso de documento falso; b) RENAN MATHEUS SALLES DE LIMA foi condenado pela prática dos delitos de tráfico de drogas, de associação para o tráfico e de posse ilegal de munições de uso permitido; e c) CLEBER JUNIOR RODRIGUES foi condenado pela prática dos delitos de tráfico de drogas, de associação para o tráfico e de porte ilegal de arma de fogo de uso proibido (e-STJ fls. 520/556).

Irresignados, as defesas e o Ministério Público interpuseram apelações. O recurso acusatório foi desprovido e os recursos defensivos foram parcialmente providos pelo Tribunal estadual, nos seguintes termos (e-STJ fl. 704):

1) Samuel Fernandes: para absolvê-lo, nos termos do artigo 386, VII do CPP, do delito de associação para o tráfico, reduzindo as penas pelo crime de tráfico de drogas a quatro (4) anos, sete (7) meses e dezesseis (16) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de quatrocentos e sessenta e dois (462) dias-multa, calculados no piso. Estabeleceram, ainda, o regime aberto para o crime de uso de documento falso;

2) Renan Matheus: para absolvê-lo, nos termos do artigo 386, VII do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CPP, do delito de associação para o tráfico, reduzindo as penas pelo crime de tráfico de drogas a quatro (4) anos, sete (7) meses e dezesseis (16) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de quatrocentos e sessenta e dois (462) dias-multa, calculados no piso;

3) Cléber Junior Rodrigues: para absolvê-lo, nos termos do artigo 386, VII do CPP, do delito de associação para o tráfico, reduzindo as penas pelo crime de tráfico de drogas a cinco (5) anos, seis (6) meses e vinte (20) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de quinhentos e cinquenta e cinco (555) dias-multa, o piso. Ficando estabelecida, ainda, a pena de três (3) anos de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, no piso, pelo crime de posse de arma de fogo de uso restrito.

Mantida, no mais, a respeitável sentença de primeira instância.

Nas razões recursais, o *Parquet* sustentou divergência jurisprudencial e contrariedade ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois "a referida causa especial de diminuição de pena, como já adiantado, não foi prevista para ser aplicada para quem é surpreendido com grande quantidade de drogas" (e-STJ fl. 774).

Contrarrazões às e-STJ fls. 798/810, 813/816, e 817/829.

O MPF opinou pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 860/864).

Neguei provimento ao recurso especial (e-STJ fls. 867/870).

Daí o presente agravo regimental, no qual se alega que "(...) o tribunal de origem, ao aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei de drogas, adotou o entendimento de que a grande quantidade de entorpecentes apreendida não afasta, por si só, o tráfico privilegiado, o que justificou a interposição do recurso especial, tendo o órgão ministerial mencionado, além da grande quantidade de drogas - tijolos de maconha, diversas porções de cocaína e crack - a presença de outras circunstâncias fáticas aptas a revelar a dedicação ao tráfico habitual e, com isso, evitar a aplicação" (e-STJ fl. 876).

Prossegue aduzindo que "a minorante deveria ter sido afastada por outros elementos que não acarretariam em indevido bis in idem. Além da grande quantidade de drogas, foram encontrados balança de precisão para pesagem das drogas, quatorze munições calibre 38 e uma pistola 380, com numeração suprimida. Tais elementos, claramente, justificam o afastamento da minorante por demonstrarem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indubitavelmente, a dedicação dos recorridos à mercancia habitual de entorpecentes" (e-STJ fl. 877).

Ao final, conclui que *"o recurso especial há de ser provido, no entanto, de forma parcial, para que o acórdão do TJSP seja anulado, a fim de que sejam examinadas as outras circunstâncias aptas a afastar a aplicação da minorante em referência, por se tratar de questão fática a ser decidida por aquela instância recursal, o que evitará igualmente a supressão de instância"* (e-STJ fl. 877).

É o relatório. Decido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.651.152 - SP (2017/0019652-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Não procede o inconformismo.

A decisão atacada, apoiada na sólida jurisprudência desta Corte, entendeu que a quantidade de entorpecente, que já havia sido utilizada para exasperar a pena-base, não poderia ser novamente invocada para afastar a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), sob pena de *bis in idem*.

A propósito, esses foram os fundamentos invocados para ter sido negado provimento ao recurso especial:

Conforme se extrai do acórdão recorrido, o Tribunal de origem utilizou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas em poder dos recorridos como fundamento, na primeira fase da dosimetria, para a majoração das penas-base a eles impostas (e-STJ fl. 717).

Desse modo, a utilização deste mesmo fundamento, na terceira fase da dosimetria, com o objetivo de inviabilizar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, constituiria indevido bis in idem, motivo pelo qual o pleito acusatório não pode ser acolhido.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NEGATIVA. CONDIÇÃO DE "MULA". INSUFICIÊNCIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JÁ VALORADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, entende que o fato de o agente ter atuado como transportador da droga, condição vulgarmente conhecida como "mula", não é suficiente para induzir à conclusão acerca da dedicação habitual às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, de maneira estável e permanente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse. Ademais, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do ne bis in idem, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade da substância entorpecente apreendida, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração. Afastada a motivação para a negativa do benefício previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, imperativa a redução da pena dos pacientes.

2. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de reduzir a pena dos pacientes para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 485 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 418.406/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 26/02/2018, grifei).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO QUE NÃO ATACOU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, materializado na Súmula 182/STJ, segundo o qual a ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso.

2. Na espécie, diante da decisão que inadmitiu o recurso especial, a defesa não se insurgiu contra todos os fundamentos do Tribunal local, em especial a incidência da Súmula 518/STJ. Dessa forma, correta a decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

3. 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.

4. Agravo regimental de Tiago Antunes Martins improvido. Habeas corpus concedido de ofício para reconhecer a presença do bis in idem e determinar que o Tribunal de origem proceda a uma nova dosimetria da pena. (AgRg no AREsp 1140945/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

07/11/2017, DJe 21/11/2017, grifei).

Portanto, inviável, *in casu*, a consideração da quantidade de droga para obstaculizar a aplicação da referida causa de diminuição.

Ademais, pretende-se no presente agravo regimental que seja dado provimento ao recurso especial *"de forma parcial, para que o acórdão do TJSP seja anulado, a fim de que sejam examinadas as outras circunstâncias aptas a afastar a aplicação da minorante em referência, por se tratar de questão fática a ser decidida por aquela instância recursal, o que evitará igualmente a supressão de instância"* (e-STJ fl. 877).

Contudo, tal pretensão configura indevida inovação recursal, o que não se admite, pois esse pedido não foi originalmente formulado no recurso especial, o qual se limitou a sustentar a tese de que a quantidade de droga deveria ser considerada para fins de afastar a aplicação da minorante.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE COM LASTRO NA QUANTIDADE DA DROGA (MAIS DE 3,300KG) POR SER A MACONHA DE NATUREZA LEVE. ÓBICE DA SÚMULA N. 83/STJ. ALEGADO BIS IN IDEM EM RAZÃO DA SUPOSTA APLICAÇÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE TANTO PARA ELEVAR A REPRIMENDA BASE QUANTO PARA NEGAR O REDUTOR. INOVAÇÃO RECURSAL. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPEDIMENTO DA SÚMULA N. 182/STJ.

(...)

2. Configura inovação recursal tese não declinada no bojo do recurso especial e trazida ao conhecimento desta Corte no agravo regimental.

(..)

4. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nessa extensão, improvido.

(AgRg no AREsp 1234839/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 16/05/2018)

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

É o voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0019652-0

AgRg no
REsp 1.651.152 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087671020148260625 002040000 2040000 839/2014 8392014 RI002ZS040000

EM MESA

JULGADO: 26/06/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	: SAMUEL FERNANDES
ADVOGADO	: RODRIGO SOARES DE CARVALHO - SP245891
RECORRIDO	: RENAN MATHEUS SALLES DE LIMA
ADVOGADO	: EDNA BRITO FERREIRA - SP028028
RECORRIDO	: CLEBER JUNIOR RODRIGUES
ADVOGADO	: EMILIO SÁNCHEZ NETO - SP184335

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	: SAMUEL FERNANDES
ADVOGADO	: RODRIGO SOARES DE CARVALHO - SP245891
AGRAVADO	: RENAN MATHEUS SALLES DE LIMA
ADVOGADO	: EDNA BRITO FERREIRA - SP028028
AGRAVADO	: CLEBER JUNIOR RODRIGUES
ADVOGADO	: EMILIO SÁNCHEZ NETO - SP184335
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.