



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 532.023 - SP (2019/0268019-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MANOEL OLAVIO SILVA MIRANDA (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. *BIS IN IDEM*. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. No caso em apreço, as instâncias estaduais aumentaram a pena-base e afastaram a minorante (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas) com base apenas na quantidade e na natureza dos entorpecentes, sem apontar outros elementos concretos que revelassem a dedicação do réu a atividades criminosas.
2. Revelada situação de manifesto constrangimento ilegal em razão do inadmissível *bis in idem*.
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, 26 de maio de 2020 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 532.023 - SP (2019/0268019-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MANOEL OLAVIO SILVA MIRANDA (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 concedeu a ordem para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realize nova dosimetria da pena.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), pois, segundo os fatos apurados, o réu trazia consigo, aproximadamente, **441g (quatrocentos e quarenta e um gramas) de maconha, 44g (quarenta e quatro gramas) de cocaína e 43g (quarenta e três gramas) de crack** (e-STJ fl. 27).

A 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva (e-STJ fls. 48/61).

No *habeas corpus*, a Defensoria Pública apontou constrangimento ilegal decorrente do cálculo da pena.

Asseverou que o acréscimo da pena-base em 1/3 foi desproporcional, que o redutor da reprimenda previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastado sem fundamentação idônea e defendeu a fixação de regime inicial menos rigoroso e a substituição da pena privativa de liberdade.

A ordem foi concedida com base nas disposições da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006 e no entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fls. 77/83).

Neste agravo regimental, o Ministério Público busca afastar o reconhecimento do *bis in idem* afirmando para isso que "[...] a elevada quantidade de droga motivou o aumento da primeira fase da dosimetria e, aliada a outros fatores, indicou que o paciente se dedica à atividade criminosa, o que impede a aplicação da causa especial de diminuição da pena por expressa determinação legal" (e-STJ fl. 98).

Diante disso, pede a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não se entenda, a sua submissão ao colegiado da Sexta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 532.023 - SP (2019/0268019-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como se vê do relatório, almeja o agravante o não reconhecimento do *bis in idem* e, conseqüentemente, a manutenção da pena fixada na origem.

Conforme esclarecido na decisão agravada, as instâncias estaduais tomaram a quantidade e a diversidade dos entorpecentes para exasperar a pena-base e afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem apontar elementos concretos que pudessem revelar a dedicação do sentenciado a atividades criminosas.

Transcreve-se o excerto (e-STJ fls. 78/81):

No caso em tela, assim foi fundamentada a dosimetria na sentença condenatória, ipso facto (e-STJ fls. 29/30):

Das penas. Com fundamento no art. 42 da Lei 11343/06 e na quantidade total de drogas, superior a meio quilo, a pena-base é fixada acima do mínimo legal, em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa. [...] Embora seja primário, não preenche os requisitos do §4º do art. 33. Não há comprovação do exercício de qualquer atividade remunerada lícita e o Réu tinha sob sua responsabilidade expressiva quantidade de drogas, do que se infere que atuava no tráfico de forma regular, ou seja, se dedicava a atividade ilícita de forma regular. [...] Primariedade e quantidade de pena correspondem ao regime semiaberto, de acordo com o art. 33 §2º alínea "b" do Código Penal. (Grifei.)

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto à dosimetria do delito de tráfico de drogas, in verbis (e-STJ fls. 57/61):

Na primeira fase da dosagem o Magistrado a quo fixou a pena-base em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, em razão da quantidade total de drogas, superior a meio quilo, chegando a 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Acertado tal entendimento, pois se trata, na hipótese concreta, de 127 (cento e vinte e sete) porções de maconha, com peso líquido de 441,8g (quatrocentos e quarenta e um gramas e oito decigramas), 65 (sessenta e cinco) porções de cocaína, com peso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

líquido de 44,2g (quarenta e quatro gramas e dois decigramas), e 75 pedras de crack, com peso líquido de 43,1g (quarenta e três gramas e um decigrama). Cuida-se de montante superior ao observado em casos mais comezinhos, registrando-se, outrossim, a presença da especialmente poderosa cocaína e do crack. A consideração, nesta etapa, da existência de grande e invulgar quantidade de drogas e da qualidade nefasta de parte delas se acha correta e justifica, mesmo, a exasperação da reprimenda (art. 42 da Lei de Drogas), tal como efetuado.

[...]

Por fim, **na terceira etapa** da dosagem, o Juiz de piso entendeu não ser o caso de aplicação do benefício previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que “embora seja primário, não preenche os requisitos do §4º do art. 33. Não há comprovação do exercício de qualquer atividade remunerada lícita e o Réu tinha sob sua responsabilidade expressiva quantidade de drogas, do que se infere que atuava no tráfico de forma regular, ou seja, se dedicava a atividade ilícita de forma regular” (fls. 128).

Deveras, não é cabível, in casu, aplicação do referido redutor, pois **restou patenteada a efetiva dedicação do réu às atividades delitivas** correspondentes à traficância. E isto ficou evidenciado, efetivamente, pela situação em que foi surpreendido e pelas circunstâncias do caso concreto. Note-se que **foram apreendidas, no flagrante, qualidades distintas de entorpecentes (cocaína, maconha e crack), sendo que, como já salientado antes, a variedade é compatível com o escopo de comercialização em caráter habitual**, mediante atendimento de pessoas de gostos diferentes, ampliando o espectro de possíveis compradores. Vale destacar, ainda, que, **na primeira fase da dosimetria a quantidade de tóxico foi aqui considerada de tal monta que tornou imperativo majorar a pena-base**. Tem-se que foram apreendidas, nada menos que 127 (cento e vinte e sete) porções de maconha, com peso líquido de 441,8g (quatrocentos e quarenta e um gramas e oito decigramas), 65 (sessenta e cinco) porções de cocaína, com peso líquido de 44,2g (quarenta e quatro gramas e dois decigramas), e 75 pedras de crack, com peso líquido de 43,1g (quarenta e três gramas e um decigrama). Ademais, **os entorpecentes já estavam embalados em porções individuais, prontas para a venda, o que revela premeditação e planejamento**. Cumpre considerar, ainda (repita-se), a natureza de parte dos entorpecentes encontrados, sabendo-se que a cocaína e o crack são tóxicos de altíssima potência e dos mais destruidores que existem. A postura dos acusados, com efeito, foge ao padrão de singeleza observado em conduta simples e revela dolo mais intenso e convicção na prática delitiva, com **efetiva dedicação a tal atividade criminosa, o que configura impedimento legal à incidência do comentado redutor**.

Ou seja, pelos motivos elencados, **resta patenteada a dedicação ao crime**, impedindo a incidência do benefício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

Minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006)

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, cumulativamente, primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso, como visto, ambas as instâncias estaduais tomaram a quantidade e a diversidade dos entorpecentes para exasperar a pena-base.

Ademais, negaram a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, valendo-se dos mesmos elementos (quantidade e natureza dos estupefacientes), acrescentando fundamentos genéricos incapazes de justificar o afastamento da referida causa de diminuição da pena.

Desse modo, constato o 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.

Como visto, além da quantidade e da natureza dos entorpecentes, os Magistrados concluíram pela dedicação do réu a atividades ilícitas em razão (i) da ausência de comprovação de atividade laborativa lícita e (ii) do fato de os entorpecentes estarem embalados em porções individuais, supostamente, para a venda.

Relembro que, de acordo com o entendimento jurisprudencial desta Corte, a ausência de comprovação de ocupação lícita não autoriza o afastamento da minorante. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. [...] AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO, [...] MINORANTE DO TRÁFICO. FALTA DE OCUPAÇÃO ILÍCITA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]

3. A falta de ocupação lícita, por si só, não constitui fundamento idôneo para a negativa da minorante do tráfico.

[...]

(AgRg no REsp 1726100/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 21/06/2019, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO COM BASE EM FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM 1/6. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, 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 integrem organizações criminosas.

*2. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram que o réu se dedicava as atividades criminosas, tendo como fundamento a quantidade de droga apreendida e a **falta de comprovação de atividade lícita**.*

*3. Todavia, esta Corte já se manifestou que **a mera condição de desempregado, por si só, é insuficiente para se concluir pela habitualidade delitiva do agente, a fim de justificar o afastamento do redutor em questão**. [...]*

(AgRg no HC 556.418/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 11/03/2020, grifei.)

Desse modo, excluindo-se a quantidade e a natureza dos entorpecentes – porquanto caracterizado *bis in idem* –, constata-se que os elementos que sobejaram são insuficientes para revelar o empenho do réu a atividades delitivas e retirar a qualificação de traficância ocasional.

Assim sendo, conforme proclamado na decisão ora rechaçada, a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria configura o inadmissível *bis in idem* nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Transcreve-se, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 81/83):

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

Destaco, outrossim, que, em repercussão geral no ARE n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Nesse palmar:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INATACADOS. NÃO OBSERVÂNCIA DO COMANDO INSERTO NA SÚMULA 182/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-BASE FIXADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL PREVISTO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

[...]. 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza *bis in idem* tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena.

4. Na espécie, as instâncias ordinárias utilizaram a quantidade da droga apreendida para, a um só tempo, elevar a pena-base muito acima do mínimo legal e afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o que configura *bis in idem* e caracteriza o constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício.

(AgRg no AREsp 885.085/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. QUANTUM DE REDUÇÃO PELA INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *bis in idem*, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de drogas, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade da droga somente em uma das etapas do cálculo da pena, e, ainda, justifique o quantum de redução da pena em razão da incidência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa.

(HC 341.483/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...].

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

[...]

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o bis in idem ora identificado, mantido no mais o acórdão impugnado.

(HC 297.115/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016, grifei.)

Diante desse cenário, imperiosa a realização de nova dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, devendo a quantidade de droga apreendida ser levada em consideração em apenas uma das etapas do cálculo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2019/0268019-2

AgRg no
HC 532.023 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01020722220178260050 1020722220178260050

EM MESA

JULGADO: 26/05/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MANOEL OLAVIO SILVA MIRANDA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : MANOEL OLAVIO SILVA MIRANDA (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.