



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.215.777 - SP (2017/0314577-2)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO : FLAVIO HENRIQUE ALVES**  
**ADVOGADO : FERNANDO JOSÉ COSTA JANUNCIO - SP231033**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E NEGATIVA DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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 negativa de aplicação da minorante foram justificadas pela quantidade de drogas apreendidas.
2. Embora o Ministério Público sustente que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ocorrência de *bis in idem* apenas quando a quantidade de droga apreendida é utilizada tanto para exasperar a pena-base quanto para estabelecer a fração de diminuição, mas não nas hipóteses em que a mesma circunstância é adotada para afastar a incidência da minorante, o estudo dos precedentes do Pretório Excelso aponta em sentido contrário. Nesse sentido, cita-se a análise feita pela Sexta Turma desta Corte Superior no HC n. 373.523/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, ainda não publicado).
3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão impugnada.
4. Agrado regimental não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.215.777 - SP (2017/0314577-2)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO : FLAVIO HENRIQUE ALVES**  
**ADVOGADO : FERNANDO JOSÉ COSTA JANUNCIO - SP231033**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** agrava de decisão em que concedi habeas corpus de ofício para reconhecer o indevido *bis in idem* e reduzir a pena imposta ao acusado.

Neste agravo regimental, o *Parquet* afirma a existência de outras provas – além da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido –, as quais teriam o condão de caracterizar a dedicação habitual do réu ao comércio de drogas. Com o intuito de demonstrar sua tese, transcreve excerto da denúncia e sustenta haver nos autos "outros elementos que evidenciam que o recorrente se dedicava ao tráfico de drogas, como confissão e prova testemunhal, de forma que a quantidade e natureza da droga apreendida tão somente corroboram tal conclusão" (fl. 661).

Assere, ainda, que "o Pretório Excelso apenas veda a dupla valoração e não que seja tal circunstância também considerada para afastamento da própria causa especial de diminuição, máxime quando associada aos demais elementos encartados nos autos" (fl. 664).

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja reformado o *decisum*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.215.777 - SP (2017/0314577-2)**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E NEGATIVA DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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 negativa de aplicação da minorante foram justificadas pela quantidade de drogas apreendidas.
2. Embora o Ministério Público sustente que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ocorrência de *bis in idem* apenas quando a quantidade de droga apreendida é utilizada tanto para exasperar a pena-base quanto para estabelecer a fração de diminuição, mas não nas hipóteses em que a mesma circunstância é adotada para afastar a incidência da minorante, o estudo dos precedentes do Pretório Excelso aponta em sentido contrário. Nesse sentido, cita-se a análise feita pela Sexta Turma desta Corte Superior no HC n. 373.523/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, ainda não publicado).
3. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão impugnada.
4. Agrado regimental não provido.

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

A despeito das alegações do Ministério Público Federal, não verifico elementos novos para refutar a configuração do indevido *bis in idem* na espécie. Com efeito, a decisão impugnada foi clara ao demonstrar que **tanto a exasperação da pena-base quanto a negativa de aplicação da minorante foram justificadas pela quantidade de drogas apreendidas**. Confira-se (fls. 646-651, destaques no original):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Extraí-se dos autos que o agravante foi condenado, em primeira instância, à pena de 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 312 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos.

Tanto a defesa quanto o Ministério Público recorreram. O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e acolheu a pretensão ministerial, a fim de afastar a incidência da minorante, sob a seguinte motivação (fls. 499-502, grifei):

No caso específico dos autos, os elementos indiciários apurados, tais como a elevada quantidade (incompatível com aquela normalmente ostentada por um singelo usuário) e a maneira de embalagem da droga (porções que seriam individualizadas para a distribuição), estão a indicar, de maneira insofismável, que se destinava todo o entorpecente à narcotraficância.

Portanto, era mesmo imperativa e foi bem decretada a condenação.

Entrementes, assiste integral razão ao ilustre representante do Ministério Público, comportando ajuste a dosimetria da pena.

**Agiu com acerto o MM. Juiz sentenciante ao balizar a pena de partida acima do mínimo legal, tendo em vista o expressivo volume de entorpecente apreendido (1.989,50g – peso líquido), aliás, quantidade suficiente para atingir a um número muito grande de consumidores, quiçá crianças e adolescentes.**

Assim, **mantenho a elevação da pena-base do acusado em 1/4 (um quarto).**

Ao depois, na segunda etapa, inexistiram circunstâncias agravantes que devessem ser consideradas.

Mas, ao contrário do exposto pelo MM. Juiz *a quo*, **presente a atenuante da confissão, uma vez que o acusado admitiu o núcleo principal da sua atividade, reduzo a pena em 1/6 (um sexto).**

Na terceira e última fase da dosagem, foi indevido o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Não se deve perder de vista que **somente seria possível o transporte de tão expressiva quantidade de entorpecentes a uma organização criminosa muitíssimo bem estruturada.**

Não poderia o apelante, por isso mesmo, ser rotulado de traficante eventual ou ocasional, este, sim, o único alvo da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benesse legal criada, ainda que indevidamente, pelo legislador.

Com isso, fixo a pena do apelante, definitivamente, em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O regime de cumprimento de pena, por seu turno, foi estipulado com incorreção.

A conduta efetivamente perpetrada pelo acusado não pode ser tida como de menor desvalor ou de reduzida lesividade social, compatível com o cumprimento de pena no regime intermediário, haja vista que teria ele a possibilidade, desde logo, de convívio social esporádico, com as saídas temporárias, para o que, à evidência, não está apto, mercê da nocividade indiscutível do crime que cometeu.

Além do mais, não se pode perder de vista que o apelante, de maneira ousada e irresponsável, **transportava elevada quantidade de droga de grande potencial de nocividade**, durante o período noturno e em cidade pacata do interior paulista, cuja distribuição se daria em outra sossegada cidade interiorana, colocando em risco toda a população, especialmente a mais jovem e indefesa.

Sua conduta, como nitidamente se vê, revelou periculosidade concreta e efetiva, pois geradora de desassossego e inquietude social latente, tudo de modo a justificar, ao menos no início, o regime de cumprimento de pena mais rigoroso.

Assim, afigura-se totalmente inviável a imposição de regime inicial diverso do fechado, nos casos em que o agente é processado e condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sobretudo nas condições como as observadas nestes autos.

Para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele **indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.**

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Na hipótese, observo que o Tribunal *a quo* justificou a conclusão de que o réu se dedica com habitualidade ao tráfico **na quantidade de entorpecente apreendido**. Todavia, percebo que tal circunstância foi utilizada **tanto para justificar a exasperação da pena-base quanto para afastar a aplicação do redutor**, na terceira fase da dosimetria.

A respeito do tema, faço lembrar que, por ocasião do julgamento dos HCs n. **109.193/MG** e **112.776/MS**, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que **as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria, sempre de forma não cumulativa**.

O entendimento privilegia, de acordo com o Ministro Teori Zavascki (relator), o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o relator, **sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza bis in idem**.

Aliás, em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o posicionamento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria da pena**.

Sobre a questão, cito precedente desta Sexta Turma, que seguiu a compreensão consagrada pelo Plenário da Suprema Corte:

[...]

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, 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**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 n. 418.406/AC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 26/2/2018, destaquei)**

Ainda, menciono decisões monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Verifico que a pena-base da paciente foi fixada acima do mínimo legal em razão da grande quantidade de droga apreendida, providência que se amolda ao art. 42, Lei 11.343/06. Não se trata, portanto, de valorar circunstância ínsitas ao tipo penal.

A jurisprudência desta Corte compreende que configura *bis in idem* a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas como circunstância judicial negativa e, simultaneamente, como causa de afastamento da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006:

"Configura ilegítimo *bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006)." (HC 112.776, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2013).

[...]

**(HC n. 146.046/SP, Rel. Ministro Edson Fachin, DJe 30/10/2017)**

[...]

Destarte, considerar a quantidade de droga apreendida em dois momentos da dosimetria, primeiro para majorar a pena-base, **e, depois, para impedir a aplicação da causa de redução**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**estabelecida na Lei de Drogas, configura flagrante *bis in idem***, ilegalidade que pode ser corrigida, de ofício.

*Mutatis mutandis*, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 112.776/MS, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, assentou o entendimento que "configura ilegítimo *bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena-base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006)", *verbis*: [...]

[...]

Isso posto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da reprimenda, devendo levar em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida em apenas uma das etapas da dosimetria.

[...]

(HC n. 145.336/CE, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe 20/10/2017, grifei)

Dessa forma, uma vez que as instâncias antecedentes utilizaram o mesmo fundamento (quantidade de drogas apreendidas) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto a não incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tenho como caracterizada a **ofensa ao princípio do *ne bis in idem***.

Por conseguinte, determino a **aplicação da minorante em questão no patamar máximo (2/3)**, diante da ausência de elementos que permitam verificar a maior reprovabilidade da conduta ou a acentuada periculosidade do réu. Procedo à nova dosimetria da pena.

Ademais, ressalto que, embora o agravante sustente que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ocorrência de *bis in idem* apenas quando a quantidade de droga apreendida é utilizada tanto para exasperar a pena-base quanto para estabelecer a fração de diminuição, mas não nas hipóteses em que a mesma circunstância é adotada para afastar a incidência da minorante, **o estudo dos precedentes do Pretório Excelso aponta em sentido contrário**.

Menciono, nesse sentido, a análise feita pela Sexta Turma desta Corte Superior no **HC n. 373.523/SP**. O caso, de minha relatoria, foi julgado em 14/8/2018 e **acolhido à unanimidade**. Transcrevo, por oportuno, a motivação daquele *decisum* (destaques no original):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

### III. A minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas

No que diz respeito à pretendida aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, observo que o Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, assim fundamentou o afastamento da minorante, *in verbis* (fls. 52-55):

E, na última etapa, preservada a convicção do MM. Juiz, não era caso de aplicação do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos. A incidência da mencionada causa especial de diminuição de pena está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Respeitosamente, **quantidades excessivas, como as dos presentes autos, são denotadoras de que os apelantes, para terem acesso a elas, incorporaram-se à organização criminosa**, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal [...]

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, o que não é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 3ª Câ. de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apel. n. 0001734-82.2010.8.26.0568, em 19.7.2011: “(...) A diminuição hoje admitida pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não está inquinada de inconstitucionalidade. Trata-se de mecanismo que fornece ao Magistrado maior amplitude e liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo transgressor, prestigiando o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental insculpido no artigo 5º, XLIV, da CF.

Todavia, referida redução não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A *mens legis* da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, §



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4o, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais" (*verbis*).

[...]

Vê-se que as lições retro mencionadas, adequadas ao caso em tela, não admitem o benefício, a autorizar o acolhimento da tese ministerial.

Uma leitura atenta do acórdão impugnado permite identificar, claramente, que a Corte estadual entendeu indevida a aplicação da minorante em comento **com base, tão somente, na elevada quantidade de drogas apreendidas**, circunstância que levou o Tribunal à conclusão de que os acusados seriam **integrantes de organização criminosa** – "Respeitosamente, quantidades excessivas, como as dos presentes autos, são denotadoras de que os apelantes, para terem acesso a elas, incorporaram-se à organização criminosa" (fl. 52).

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que ele não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas.

Nesse contexto, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, **é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa** e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. Vale dizer, a elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas.

A título de exemplo, menciono: STJ, **AgRg no AREsp n. 359.220/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 17/9/2013.

A questão que se coloca neste *writ*, no entanto, diz respeito à possibilidade ou não de afastamento do redutor com base na quantidade de drogas apreendidas quando esse **mesmo elemento** já foi considerado na primeira fase da dosimetria da pena, para fins de exasperação da reprimenda-base. Vale dizer: configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas apreendidas na primeira etapa da dosimetria, para aumentar a pena-base e, novamente, na terceira fase, a fim de **impedir a incidência do redutor** previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006?

### **III. a) o que decidiu o Supremo Tribunal Federal acerca do bis in idem – o leading case**

#### **a. 1) HC n. 112.776/MS – julgado pelo Tribunal Pleno**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por ocasião do julgamento do **HC n. 112.776/MS** – *leading case* sobre a discussão acerca do *bis in idem* nesses casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas –, em sessão plenária ocorrida no dia **19/12/2013**, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, **sempre de forma não cumulativa**. Esse fato privilegia, de acordo com o Relator, Ministro Teori Zavascki, o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Ficaram vencidos, em parte, os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que concediam a ordem em menor extensão. Para eles, a análise das circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas, na primeira e na terceira fase da dosimetria, **não configuraria bis in idem**, pois o que elevaria a pena-base seria a intensidade da lesão à saúde pública, enquanto a causa de diminuição seria decorrente do grau de envolvimento do réu com a criminalidade organizada ou da sua maior devoção à atividade criminoso.

É certo, no entanto, que, no referido julgado, a quantidade de drogas havia sido utilizada, na primeira fase, com vistas à exasperação da pena-base e, na terceira, para a **escolha da fração** de redução de pena relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **e não para a incidência ou não da causa especial de diminuição em comento**.

Vale dizer, não estava em discussão, naquele caso, se foram preenchidos ou não os requisitos da primariedade, dos bons antecedentes, da não dedicação a atividades delituosas e da não integração em organização criminoso, visto que o Juiz sentenciante já havia reconhecido o preenchimento, de forma cumulativa, de todos esses elementos pelo acusado.

### **a. 2) HC n. 109.193/MG – julgado pelo Tribunal Pleno**

No julgamento do **HC n. 109.193/MG** (Rel. Ministro Teori Zavascki), também ocorrido na mesma sessão do dia **19/12/2013**, foi novamente discutida a possibilidade de utilização, na terceira fase da dosimetria, da natureza da droga apreendida **para a fixação do quantum de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**.

A Suprema Corte denegou a ordem, por concluir que, naquele caso específico, teria havido a consideração da natureza da substância



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendida **somente** na terceira etapa da dosimetria, **ou seja, para a escolha do quantum de diminuição de pena pela minorante em questão**, sem haver, portanto, violação do princípio do *ne bis in idem*.

### a. 3) ARE n. 666.334 RG/AM – julgado pelo Tribunal Pleno

Igualmente no julgamento da **Repercussão Geral no ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, considerou que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas (naquele caso, 162,57 g de cocaína) devem ser levadas em consideração em somente uma das fases do cálculo da pena, em observância à vedação do *bis in idem*.

No entanto, saliento que o julgado mencionado também dizia respeito a caso em que se consideraram a quantidade e a natureza da droga apreendida na primeira etapa da dosimetria, como circunstâncias judiciais desfavoráveis e, **na terceira fase, para justificar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 no patamar de 1/3**, e não na fração máxima de 2/3.

### III. b) O que se sucedeu no Supremo Tribunal Federal a partir de então

Conforme visto, embora, a rigor, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal não haja afirmado, de maneira expressa, que configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, como circunstância desfavorável, e, na terceira, **para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006** (seja a título de dedicação do agente a atividades criminosas, seja por integração em organização criminosa), **verifica-se uma tendência daquela Corte, por ambas as suas Turmas**, em considerar *bis in idem* também esses casos.

Vale dizer, há julgados do próprio Supremo Tribunal Federal – monocráticos, inclusive – que **nem sequer fazem qualquer distinção**: entendem que também configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria e, na terceira, para justificar o **afastamento** da minorante. Em tais julgados, aliás, há menção exatamente ao que foi decidido pela Corte Suprema nos autos dos referidos **HC n. 112.776/MS e ARE n. 666.334 RG/AM**.

Exemplificativamente, menciono:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 da Corte. Precedentes. Prescrição da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretensão punitiva. Não ocorrência. Agravo regimental não provido. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). **Impossibilidade de valoração negativa cumulativa da natureza e da quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria. *Bis in idem*. Habeas corpus concedido de ofício para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e determinar ao juízo de origem que, fundamentadamente, fixe o percentual correspondente de redução e o regime inicial de cumprimento da pena condizente.**

[...]

5. Não se admite a valoração negativa cumulativa da natureza e da quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14).

6. Habeas corpus concedido de ofício para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e determinar ao juízo de origem que, fundamentadamente, fixe o percentual correspondente de redução, bem como o regime inicial condizente.

(AgRg no ARE n. 1.092.775/SP, Rel. Ministro **Dias Toffoli**, 2ª T., DJe 23/4/2018).

[...]

Verifico que a pena-base da paciente foi fixada acima do mínimo legal em razão da grande quantidade de droga apreendida, providência que se amolda ao art. 42, Lei 11.343/06. Não se trata, portanto, de valorar circunstância ínsitas ao tipo penal.

A jurisprudência desta Corte compreende que configura *bis in idem* a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas como circunstância judicial negativa e, simultaneamente, como causa de afastamento da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006:

"Configura ilegítimo *bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006)." (HC 112.776, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2013).

[...]



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n. 146.046/SP, Rel. Ministro **Edson Fachin**, monoc., DJe 30/10/2017).

[...]

Destarte, considerar a quantidade de droga apreendida em dois momentos da dosimetria, primeiro para majorar a pena-base, **e, depois, para impedir a aplicação da causa de redução estabelecida na Lei de Drogas, configura flagrante bis in idem**, ilegalidade que pode ser corrigida, de ofício.

*Mutatis mutandis*, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 112.776/MS, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, assentou o entendimento que “configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena-base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006)”, verbis: [...]

[...]

Isso posto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da reprimenda, devendo levar em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida em apenas uma das etapas da dosimetria.

[...]

(HC n. 145.336/CE, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, monoc., DJe 20/10/2017).

[...]

Na hipótese dos autos, à primeira vista, entendo caracterizada situação apta a ensejar o afastamento da Súmula 691/STF.

Para melhor compreensão da controvérsia, constato que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso defensivo, nos seguintes termos, no que concerne à matéria ora em discussão:

"As penas-bases foram corretamente fixadas em 1/6 acima do mínimo legal em face da quantidade de drogas apreendida com os recorrentes, 51 embalagens plásticas contento maconha, com peso líquido de 203,22 gms., e 67 invólucros de cocaína pesando 22,33 gms., alcançando 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. (...) De outra parte, **descabida a redução prevista no art. 33, §**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a quantidade e variedade de tóxicos apreendidos com os réus".**  
(eDOC 2, p. 4)

Inicialmente, sobre o tema, registro que, na sessão realizada no dia 19.12.2013, **o Plenário do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki**, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.

Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao *bis in idem*.

Com a pacificação da matéria, o Plenário autorizou aos ministros analisarem monocraticamente os pedidos de habeas corpus que versem sobre o tema.

**No presente caso, o TJ/SP, quando deu parcial provimento ao recurso defensivo (eDOC 2), levou em consideração a quantidade e a natureza da droga, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, para elevar a pena do paciente (eDOC 2, p. 4), o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte.**

Cito, a propósito, precedentes de ambas as Turmas do STF: HC 131.918/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 2.3.2016 e HC 123.168/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe 14.11.2014. No mesmo sentido: HC 137.901/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 19.12.2016 e RHC 139.544/MS, por mim relatado, DJe 24.2.2017.

Finalmente, ainda sobre o tema, assevere-se que o Plenário desta Corte, em 3.4.2014, **ao julgar o ARE 666.334 RG/AM**, de minha relatoria, DJe 6.5.2014, por maioria, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral do tema constitucional, mediante acórdão assim ementado:

"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral.  
2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao *bis in idem*. Precedentes.  
4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência".

Ante o exposto, com fundamento no art. 192, caput, do RI/STF, CONCEDO, em parte, A ORDEM para, mantida a condenação e seus efeitos, **determinar ao Tribunal de Justiça de São Paulo que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da natureza e quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena imposta aos pacientes [...]**

[...]

(HC n. 143.204/SP, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, monoc., DJe 29/6/2017).

Ainda, ao prosseguir em uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível identificar que aquela Corte somente não reconhece a ocorrência de *bis in idem* quando, além da quantidade de drogas apreendidas, **há outros elementos concretos dos autos** que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

A título de exemplo, menciono o seguinte julgado:

[...]

4. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, “Se instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o habeas corpus não comporta. **Não há que se falar em *bis in idem*, pois, embora haja simples referência à quantidade de droga apreendida, ela não foi um fator preponderante na negativa de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06**, já que se entendeu, em razão das circunstâncias em que foi praticado o delito, que o agravante se dedicava à atividade criminosa, o que, por si só, obsta a incidência do redutor de pena pretendido” (HC 136.177-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 141.167/SP, Rel. Ministro **Roberto Barroso**, 1ª T., DJe 16/6/2017).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda, confira-se o seguinte trecho do voto proferido nos autos do **HC n. 130.592/SP** (DJe 11/10/2016), de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

O que se veda é a consideração cumulativa da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14, e HC nº 112.776/MS, Plenário, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/14; RHC nº 128.726/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 11/9/15), e não sua consideração alternativa.

Na espécie, de fato, **o tribunal local, contrariando a jurisprudência desta Suprema Corte, valorou negativamente a quantidade e a natureza das drogas apreendidas na primeira e na terceira fases da dosimetria. Se a tanto tivesse se limitado, efetivamente estaria caracterizado indevido *bis in idem*.**

Ocorre que, como exposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acréscimo, na terceira fase, também valorou negativamente as circunstâncias da apreensão da droga, mais precisamente o fato de a paciente manter em sua residência uma balança de precisão e a contabilidade do tráfico, concluindo que ela "fazia do narcotráfico seu meio de vida".

Logo, **abstraindo-se a valoração negativa, na terceira fase da dosimetria, da quantidade e da natureza das drogas, ainda assim subsiste fundamento suficiente, por si só, para negar o redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.**

Nesse julgado, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro relator, afirmou, **por via oblíqua**, que, caso as instâncias de origem houvessem sopesado **apenas** a quantidade e a natureza da droga apreendida – circunstâncias já valoradas para fins de exasperação da pena-base – para justificar a impossibilidade de incidência do redutor, haveriam incorrido no inadmissível *bis in idem*. No entanto, assim não se entendeu somente porque, **além da natureza e da quantidade de substâncias entorpecentes, havia outros elementos nos autos** (mais precisamente, o fato de a acusada manter em sua residência uma balança de precisão e a contabilidade do tráfico) que permitiam a conclusão de que ela fazia do tráfico o seu meio de vida e, portanto, se dedicava a atividades criminosas.

O mesmo raciocínio pode ser depreendido do **HC n. 147.446/SC** (DJe 6/11/2017), de relatoria do Ministro **Edson Fachin**, também



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidido monocraticamente:

Com efeito, as instâncias ordinárias se convenceram, com base na valoração das provas dos autos, que o acusado se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não faria jus à benesse legal. Não se evidencia, portanto, ilegalidade formal entre as premissas apontadas e o conteúdo decisório. Registro que a quantidade e a variedade de entorpecentes foram utilizados na terceira fase a título de argumento complementar, **sem que tal proceder implique bis in idem, diante da suficiência das razões remanescentes quanto ao afastamento da causa minorante.**

Ou seja, para o Supremo Tribunal Federal, somente não configura *bis in idem* caso, além da quantidade de drogas, haja **outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante** – tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. –, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa.

Também não há falar em *bis in idem* quando a **diversidade** da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua **quantidade**, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma **não cumulativa**.

### III. c) Como a matéria tem sido decidida pelo Superior Tribunal de Justiça

Depois do julgamento dos referidos **HC n. 112.776/MS, HC n. 109.193/MG e ARE n. 666.334 RG/AM** – todos realizados pelo **Pleno** do Supremo Tribunal Federal –, os casos em que a quantidade de drogas apreendidas é sopesada na primeira fase da dosimetria, a fim de embasar o aumento da pena-base, e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar **a aplicação do redutor em patamar inferior ao máximo previsto em lei**, passaram a não mais suscitar dúvidas, à luz do que decidiu a Corte Suprema:

**está configurado o bis in idem** e, por conseguinte, deve ser realizada a nova dosimetria da pena, com a utilização de tais elementos na primeira ou na terceira fase, de forma não cumulativa.

A **controvérsia**, no entanto, passou a ser estabelecida em torno



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

daqueles casos em que a quantidade de drogas apreendidas é sopesada tanto para justificar o aumento da pena-base quanto para fins de **afastamento do redutor** previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (seja por ausência de preenchimento do requisito de "não se dedicar a atividades criminosas", seja pelo não preenchimento do requisito de "não integrar organização criminosa").

A partir dos referidos julgados do Supremo Tribunal Federal (HC n. 112.776/MS; HC n. 109.193/MG e ARE n. 666.334 RG/AM), o que se observa é que **passou a haver julgamentos neste Superior Tribunal em ambos os sentidos:**

- **uns reconhecem a ocorrência de *bis in idem*** quando a quantidade de drogas é sopesada tanto para fundamentar a exasperação da pena-base quanto para justificar a não incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 403.436/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 19/9/2017);
- **outros julgados, no entanto, não reconhecem haver o duplo apenamento** (AgRg no AREsp n. 1.058.147/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 17/4/2017; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.673.113/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 1º/6/2018; HC n. 436.390/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 22/5/2018).

Aqueles que não reconhecem ser o caso de *bis in idem* afirmam, de uma maneira geral, que a hipótese é **diversa** daquela tratada pelo Supremo Tribunal Federal no ARE n. 666.334 RG/AM e afastam o redutor **ainda que não haja outros elementos concretos dos autos** – além da quantidade de drogas apreendidas – que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades delituosas ou de que integra organização criminosa.

Exemplificativamente, menciono os seguintes trechos de julgados da **Quinta Turma** deste Superior Tribunal:

Impende ressaltar que, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do ARE n. 666.334/AM, veda a valoração concomitante da quantidade e da natureza da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*, tão somente quanto tais vetores são utilizados para elevar a pena-base e para definir a fração de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Portanto, **não ocorre o duplo apenamento no cálculo penal, se as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de drogas justificam simultaneamente a exasperação da sanção inicial e o afastamento da causa especial de**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**diminuição.**

(HC n. 436.390/ES, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 22/5/2018, p. 4-5 do voto do relator).

7. 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.

(HC n. 433.619/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/4/2018).

3. Ainda que assim não fosse, 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) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - **não configura *bis in idem***.

4. **Trata-se de hipótese diversa daquela versada 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).

[...]

(HC n. 434.471/SP, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 18/4/2018).

Também há julgados desta colenda **Sexta Turma** que consideram não ser o caso de *bis in idem* em hipóteses como tal.

No julgamento do HC n. 412.455/SP (DJe 26/2/2018), por exemplo, de relatoria da Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, decidiu-se que: "**Não há falar em *bis in idem***, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza drogas apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, **motivos diversos, pois.**"

Ao se fazer uma leitura da **íntegra do voto** da Ministra relatora, verifica-se que as instâncias ordinárias negaram a incidência da minorante com base, **tão somente**, no seguinte argumento: "[...] consoante se observou dos autos, o acusado, embora primário, demonstrou, **por conta da apreensão de grande quantidade de entorpecente**, íntima ligação com as atividades delituosas, em especial o tráfico de entorpecentes."

O afastamento da benesse foi mantido por esta Sexta Turma, nos seguintes termos: "No caso em comento, verifica-se que o Tribunal *a quo*, com arrimo nos fatos da causa, negou a incidência da causa especial de redução de pena **por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual não faria jus à benesse**. Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão – de que o paciente se dedicava às atividades criminosas – não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência (página 15 do voto da Relatora).

Veja-se, portanto, que o **único fundamento** mencionado para negar a aplicação do redutor foi a apreensão de grande quantidade de drogas, circunstância que, embora já sopesada para fins de exasperação da pena-base, levou esta Turma à compreensão de que o agente se dedicava a atividades criminosas. Ainda assim, não se reputou caracterizado *bis in idem* na dosimetria da pena.

### III. d) Parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas – compreensão pessoal

**Particularmente**, considero – tal como o entendimento externado pelos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Marco Aurélio e Dias Toffoli nos autos do **HC n. 112.776/MS** – que **não configura *bis in idem*** a utilização da quantidade de drogas apreendidas na primeira fase, para fins de exasperação da pena-base (conforme determina o próprio art. 42 da Lei n. 11.343/2006), e, novamente, na terceira, para impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da referida lei.

Isso porque a consideração da natureza e da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, para fins de aumento da pena-base, justifica-se em razão da **intensidade da lesão à saúde pública**, bem jurídico penalmente tutelado nos crimes de tráfico de drogas e afins; já na terceira etapa, esses elementos são utilizados para a **aferição do grau de envolvimento do acusado com a criminalidade**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**organizada ou de dedicação a atividades delituosas.**

Dito de outro modo, entendo que se estaria tratando da utilização de determinado parâmetro de referência para **momentos e finalidades distintas**, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e a prevenção do delito, à luz das circunstâncias em que cometido.

Ademais, veja-se que a própria legislação reconhece, **expressamente**, a possibilidade de se sopesar os **maus antecedentes** na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação de pena-base, e, novamente, na terceira, para impedir a incidência do redutor em questão, sem que a jurisprudência – tanto desta Corte Superior de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal – **nunca haja cogitado reconhecer a ocorrência de *bis in idem* em tal situação.**

O mesmo ocorre com a **reincidência**, que é tranquilamente valorada **tanto na segunda etapa** de cálculo da reprimenda, como agravante genérica (art. 61, I, do Código Penal), **quanto na terceira**, para também impedir a aplicação da minorante.

**Por que, então, empregar raciocínio diverso, com soluções jurídicas distintas, quando o parâmetro a ser utilizado na dosimetria da pena é a quantidade de drogas apreendidas?**

Além disso, conforme detalhei no ponto "III. a" deste voto – intitulado "o que decidiu o Supremo Tribunal Federal acerca do *bis in idem*" –, **o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a rigor, em nenhum momento** afirmou, expressamente, que a utilização da natureza e da quantidade de drogas, na primeira fase da dosimetria, com vistas à exasperação da pena-base e, na terceira, para **afastar a aplicação da minorante** descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, implica *bis in idem*.

Isso porque, conforme explicitado no referido tópico, os casos analisados pela Corte Suprema (Tribunal Pleno) – em que houve essa nova compreensão acerca da ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena relativa a crimes de tráfico de drogas – disseram respeito a situações em que a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas foi sopesada na primeira etapa da dosimetria, com o fim de exasperar a pena-base e, novamente, na terceira fase, **não para a incidência ou não do redutor, mas para a escolha de um patamar de redução de pena inferior ao máximo previsto em lei.**

Outro argumento que invoco em abono à minha compreensão diz respeito ao fato de que, na prática, o acolhimento da tese de que há *bis in idem* na utilização da quantidade de drogas, para fins de exasperação da pena-base, e, na terceira fase da dosimetria, para justificar o afastamento da minorante, pode acabar levando a situações



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

muitas vezes **absurdas e desproporcionais do ponto de vista da correta individualização da pena e da justa reprimenda penal.**

Explico com o seguinte exemplo:

Suponha que um agente seja flagrado na posse de **100 quilos de cocaína**. O Juiz sentenciante fixa a pena-base em 7 anos de reclusão, justificando o aumento da reprimenda na natureza e na elevada quantidade de drogas apreendidas, à luz, aliás, do que determina o próprio art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Caso adotada a tese do *bis in idem*, esses mesmos elementos (natureza e quantidade de drogas) não poderiam ser novamente valorados na terceira fase da dosimetria, para demonstrar que o agente não seria um pequeno traficante ou um traficante eventual e, conseqüentemente, justificar o afastamento da minorante. À ausência de outros elementos específicos dos autos, não restaria ao Magistrado, portanto, outra alternativa senão a de reconhecer a incidência da causa especial de diminuição de pena.

Pois bem. Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas não podem ser valoradas para fins de exasperação da pena-base e, novamente, para a escolha da fração do redutor, **o Juiz estaria adstrito a aplicar a minorante no patamar máximo de 2/3, o que conduziria a uma reprimenda de 2 anos e 4 meses de reclusão** (abstraindo-se, obviamente, a existência de eventuais agravantes ou atenuantes ou de quaisquer outras causas de aumento ou de diminuição).

Diante de tal situação hipotética (mas cuja matéria é muito recorrente no dia a dia deste Tribunal), indago: seria razoável, proporcional e consentâneo com o princípio constitucional da individualização da pena punir com uma reprimenda de 2 anos e 4 meses de reclusão um agente flagrado na posse de 100 quilos de cocaína? Ainda: é razoável admitir que alguém preso em flagrante com 100 quilos de cocaína ostente a condição de traficante eventual ou de pequeno traficante, de modo a ser merecedor da referida minorante?

Não obstante todas essas considerações pessoais e diante da **tendência** que se observa do Supremo Tribunal Federal em considerar, **por ambas as suas Turmas**, que configura *bis in idem* também aqueles casos em que a quantidade de substâncias é sopesada para a exasperação da pena-base e, simultaneamente, para evidenciar a dedicação do agente a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa (e, por conseguinte, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006) –, **penso que a conclusão a que devemos chegar é a seguinte:**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com a ressalva do meu entendimento pessoal, configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas apreendidas, na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar a exasperação da pena-base e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar o **afastamento** do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja a pretexto de integrar o agente organização criminosa, seja para evidenciar a sua dedicação a atividades criminosas.

O mesmo raciocínio, obviamente, é empregado naqueles casos em que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas são sopesadas tanto na primeira fase quanto na terceira.

### III. e) O caso dos autos

Retomando-se o caso dos autos, verifico que a quantidade de drogas apreendidas (mais de 52 kg de maconha) foi utilizada para fins de aumento da pena-base e, novamente, na terceira fase, para, **isoladamente**, levar a Corte estadual à conclusão de que os pacientes integravam organização criminosa (fl. 52).

Portanto, havendo sido utilizado o mesmo fundamento em dois momentos distintos da fixação da pena, **curvo-me ao entendimento que vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal** – até para manter a jurisprudência mais estável, íntegra e coerente – e **reconheço estar caracterizada a ofensa ao princípio do *ne bis in idem***, motivo pelo qual deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja realizada a nova dosimetria da pena, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas em somente uma das etapas da dosimetria.

Saliento que essa mesma solução – devolução dos autos ao Juízo competente – foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do já referido **HC n. 112.776/MS**.

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

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0314577-2

**AgRg no AgRg no  
AREsp 1.215.777 /  
SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00160358120158260625 004200000 17642015 4200000 RI00420SP0000

EM MESA

JULGADO: 23/08/2018

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

AGRAVANTE : FLAVIO HENRIQUE ALVES  
ADVOGADO : FERNANDO JOSÉ COSTA JANUNCIO - SP231033  
AGRAVADO : 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 : FLAVIO HENRIQUE ALVES  
ADVOGADO : FERNANDO JOSÉ COSTA JANUNCIO - SP231033  
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 Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.