



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.732.245 - RS (2018/0071487-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : JONATHAN DOS SANTOS DA SILVEIRA
AGRAVANTE : TIAGO AVILA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O RÉU NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PEDIDO DE CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*.

2. Não é irrisória a quantidade das drogas apreendidas, pois segundo consignado no v. acórdão, renderia mais de 100 porções para venda, além da variedade e natureza das drogas ser fundamento concreto para afastar o redutor.

3. *"É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida"* (AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 5/9/2012).

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de junho de 2018(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.732.245 - RS (2018/0071487-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : JONATHAN DOS SANTOS DA SILVEIRA
AGRAVANTE : TIAGO AVILA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida (fls. 660-665), na qual o recurso especial do Ministério Público Estadual foi provido para restabelecer o aumento da pena-base, restando mantido o regime semiaberto.

A defesa alega que não há justificativa para o provimento do especial da acusação, pois, ainda que não configurado o *bis in idem*, "o acórdão recorrido, embora reconhecendo a primariedade dos ora agravantes, considerou que estes se dedicavam a atividades criminosas, para afastar o privilégio, apenas e tão somente a partir da quantidade de droga apreendida, que não foi sequer expressiva" (fl. 676).

Assevera que as Turmas criminais desta Corte, no julgamento dos HC 422.049/SC e HC 348.787/ES, concederam a ordem de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena corporal em situações semelhantes como a do presente caso, de apreensão de pequena quantidade de drogas.

Requer a reconsideração da decisão ou a reforma pelo colegiado, para que seja negado provimento ao em recurso especial, sem prejuízo à concessão de *habeas corpus* de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.732.245 - RS (2018/0071487-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

A defesa dos agravantes não trouxe nenhum argumento capaz de desconstituir o *decisum* impugnado.

O recurso especial do Ministério Público Estadual foi provido para restabelecer as penas fixadas na r.sentença, sob os seguintes fundamentos:

No presente caso, o Tribunal de origem redimensionou a pena-base fixada na sentença, afastando a consideração desfavorável da quantidade e natureza das drogas, conforme seguinte trecho do aresto recorrido:

Assim, passo a observar o critério fixado com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que não admite a valoração separada, em dois momentos distintos do cálculo da pena, da natureza e da quantidade de droga, mas, somente, como circunstância única em uma das fases.

[...]

Considerando o exame dos vetores judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base restou afastada do mínimo legal, fixada em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em razão da natureza e quantidade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

Entretanto, entendo mais adequada a consideração da natureza e quantidade das drogas quando da apreciação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Assim, reduzo a pena-base para 05 (cinco) anos de reclusão (fls. 520-521).

Na terceira fase da dosimetria, manteve a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos:

De outro lado, embora primários os acusados (fls. 311/313v.), diante da expressiva quantidade de drogas apreendidas, que gerariam muito mais do que cem porções para venda, evidenciando o envolvimento dos réus em tráfico de maior porte e lesividade social, além da dedicação a essa atividade criminosa, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 42, da Lei nº 11.343/06: (fls. 521-522).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, o recorrente não preenche os requisitos para a aplicação da minorante, notadamente pela quantidade de drogas apreendidas e envolvimento/habitualidade no tráfico (fl. 539). Nesse contexto, a quantidade de drogas demonstra a dedicação dos réus à atividade criminosa e afasta a causa redutora, o que não configura bis in idem, conforme se verifica dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PENA-BASE E AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SÚM. 7/STJ.

1. Não há que se falar em bis in idem quando a quantidade de droga é usada para majorar a pena-base e para afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por não preencher o recorrente os requisitos legais à concessão da benesse.

2. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser inviável aferir em recurso especial se o acusado dedica-se ou não à atividade criminosa, em face do óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.497.973/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1º/12/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA. AFASTAMENTO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME MAIS BRANDO. FIXAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza bis in idem a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria do delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, DJe de 6/5/2014).

3. Caso em que a expressiva quantidade de droga encontrada (120kg de maconha) demonstra a dedicação do paciente às atividades criminosas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF.

4. A manutenção do regime prisional mais gravoso para cumprimento inicial da reprimenda se justifica em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da quantidade da substância apreendida (120kg de maconha), a evidenciar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, ex vi do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

5. Writ *não conhecido*. (HC 308.682/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 22/09/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE QUE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 16,6 kg de maconha - e da "premeditação e ao longo iter que percorreu", 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 Magistrado de primeira instância, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Juízo de primeira instância, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Habeas corpus *não conhecido*. (HC 327.553/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/09/2015).

Portanto, a consideração desfavorável da quantidade e natureza da droga deve ser mantida na primeira fase da dosimetria.

Com efeito, não configura *bis in idem* a utilização concomitante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Ademais, ao contrário do que alega o agravante, não é irrisória a quantidade das drogas apreendidas, pois segundo consignado no v. acórdão, renderia mais de 100 porções para venda, além da variedade e natureza das drogas ser fundamento concreto para afastar o redutor.

Por fim, *"É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida"* (AgRg no AREsp 199.440/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 5/9/2012).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0071487-9

AgRg no
REsp 1.732.245 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121504920158210156 00689860620178217000 02050485320178217000
03259036120178217000 121504920158210156 15621500082971
2050485320178217000 3259036120178217000 39582015151902 689860620178217000
70073048712 70074409335 70075617886

EM MESA

JULGADO: 05/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : JONATHAN DOS SANTOS DA SILVEIRA
RECORRIDO : TIAGO AVILA DE SOUZA
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 : JONATHAN DOS SANTOS DA SILVEIRA
AGRAVANTE : TIAGO AVILA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.