



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.005.265 - SP (2016/0278940-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **RODRIGO AUGUSTO MACHADO**  
**ADVOGADOS** : **BRUNO ANTHÚNES DE ALMEIDA SILVA - MG101652**  
: **TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **EMENTA**

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM BASE NA QUANTIDADE E NA VARIEDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. QUANTIDADE UTILIZADA COMO FUNDAMENTO TAMBÉM NA TERCEIRA FASE DO CÁLCULO DA REPRIMENDA PARA OBSTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. 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 da 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. Além disso, em repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do eminente 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.

2. Na espécie, as instâncias ordinárias aumentaram a pena-base, tendo em vista a quantidade e a variedade da substância entorpecente apreendida em poder do agravado. Entretanto, afastaram a aplicação do benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base, também, na quantidade da droga apreendida, incidindo em inaceitável *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 Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 09 de maio de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.005.265 - SP (2016/0278940-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **RODRIGO AUGUSTO MACHADO**  
**ADVOGADOS** : **BRUNO ANTHÚNES DE ALMEIDA SILVA - MG101652**  
: **TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379**  
**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 que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial da defesa, determinando que o Tribunal de origem realizasse nova dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico, e, após, procedesse à nova análise acerca do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Consta nos autos que o agravado foi condenado às penas de 9 (nove) anos de reclusão, em regime fechado, e 610 (seiscentos e dez) dias-multa, pela prática dos crimes dos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 16 da Lei n. 10.826/2003, tendo em vista a apreensão de *"um medidor de precisão da marca Diamond, 4 unidades de fita adesiva, 2500 supositórios plásticos, 348 porções de maconha pesando 465,0g, 3 porções de maconha em formato de tijolos pesando 2,142kg, 420 microtubos contendo cocaína, pesando 2,544kg, 477 porções de crack pesando 193,6g, 06 porções de pedras de crack pesando 615g [...] nas mesmas circunstâncias fáticas, o réu guardava e tinha em depósito, um fuzil calibre 762 marca Deutsch W n. 6358 com 8 cartuchos íntegros do mesmo calibre"* (e-STJ fls. 163/164).

A apelação criminal foi improvida nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 259):

*TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - DESCABIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS - PROVAS DOCUMENTAIS, LAUDOS PERICIAIS E PALAVRAS DOS*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*POLICIAIS - ABSOLVIÇÃO PELA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE CONSISTENTE EM COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - NÃO COMPROVADA - PENAS BEM DOSADAS E FUNDAMENTADAS - QUANTIDADE ELEVADA DE ENTORPECENTES - INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS - INVIÁVEL A APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06 - REGIME FECHADO ADEQUADAMENTE FIXADO - INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA - HIPOSSUFICIÊNCIA QUE SERÁ CONSIDERADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS - PEDIDO DE APELAR EM LIBERDADE PREJUDICADO PELO JULGAMENTO DO PRESENTE RECURSO - RECURSO NÃO PROVIDO PROVIDO.*

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Daí o recurso especial, interposto com base na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual a defesa alegou violação aos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 33, § 2º, do Código Penal. Pugnou pela aplicação dessa causa de diminuição de pena, prevista na Lei de Drogas, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais. Por consequência, pediu a fixação do regime semiaberto.

Inadmitido o apelo extremo, os autos subiram a esta Corte por força de agravo, do qual conheci para dar provimento ao recurso especial.

No presente agravo regimental, o Ministério Público Federal alega que a defesa deixou de atacar especificamente os fundamentos da decisão do Tribunal *a quo*, devendo ser aplicada a Súmula n. 182/STJ.

Preconiza, alternativamente, que o agravo da defesa deve ser improvido, uma vez que as instâncias ordinárias afastaram a causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sem fazer qualquer referência à grande quantidade de estupefaciente apreendido. A Corte regional, outrossim, fundamentou a negativa dessa benesse no fato de o agravado incorporar organização criminosa.

Assim, requer a reconsideração da decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente. Pleiteia que seja determinada a imediata comunicação ao Juízo de origem, para que se dê início à



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

execução da pena, independentemente do julgamento do presente recurso.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.005.265 - SP (2016/0278940-8)

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

O agravante alega que a defesa deixou de atacar especificamente os fundamentos da decisão do Tribunal *a quo* que não admitiu o recurso especial, devendo ser aplicada a Súmula n. 182/STJ.

No entanto, essa irresignação não merece prosperar.

Com efeito, o apelo nobre foi obstado com base nas Súmulas n. 7/STJ e 284/STF. Em suas razões, o agravado impugnou de forma fundamentada esses óbices, valendo destacar as alegações de que a questão federal está bem delineada no recurso, além de não demandar reexame de provas, pois os pressupostos fáticos estão delineados no aresto hostilizado.

Com relação à segunda insurgência, nada obstante as judiciosas ponderações do agravante, tenho que o recurso não merece prosperar, na medida em que a quantidade de droga apreendida foi, de fato, considerada em desfavor do agravado tanto na primeira quanto na terceira fases de aplicação da pena, o que caracteriza o vedado *bis in idem*. A propósito, confirmam-se os seguintes trechos do acórdão, ao proceder à dosimetria (e-STJ fls. 266/270):

*Na primeira fase, foi a pena-base para o tráfico de drogas fixada acima do mínimo legal, em decorrência da expressiva quantidade e diversidade dos entorpecentes, nos termos do art. 42, da Lei de Tóxicos. Assim, deve essa pena-base ser mantida em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa. Para o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, na ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi fixada no mínimo legal, ou seja, 03 anos de reclusão e 10 dias-multa.*

*Nas etapas seguintes, as reprimendas não sofreram modificações, à míngua de outras causas modificadoras.*

*Ressalto ser incabível a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, pela apreensão de grande quantidade de substâncias entorpecentes, o que remete a uma análise mais criteriosa quanto à possibilidade de aplicação do referido redutor.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***E essa expressiva quantidade apreendida, de acordo com o intuito do legislador, mostra-se idônea para impedir a aplicação do benefício, uma vez denotadora de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG Rel. Min. Luiz Fux - j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG - mesma rel. -j. 7.3.2013).***

[...]

*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 Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apel. n. 0001734-82.2010.8.26.0568, em 19.7.2011:*

[...]

*Igualmente adequado transcrever outro precedente, este relatado pelo Des. Luiz Antonio Cardoso, da 3ª Câmara de Direito Criminal, no julgamento da Apel. Criminal n. 990.09.111160-0 - comarca de Lucélia – em 25.5.2010: "(...) essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder" (verbis). (Grifei)*

Com efeito, 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.

Acresça-se, ainda, que, em repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do eminente 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 diapasão, confirmam-se:

***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***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ne bis in idem, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a 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.**

2. O Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea o quantum de diminuição da pena pela incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, porquanto não declinou qualquer fundamento para justificar a redução da reprimenda em 1/6. A eleição do patamar de redução da pena diante da incidência das referidas atenuantes reclama fundamentação com base nos dados concretos dos autos, o que



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*não ocorreu na espécie.*

*3. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria, resta prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.*

*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.**

*3. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista expressiva quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.*

*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.)

Nesse contexto, impõe-se a realização de nova dosimetria da pena do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito de tráfico ilícito de entorpecentes, devendo a natureza e a quantidade de droga apreendida serem levadas em consideração em apenas uma das fases de aplicação da pena.

Diante dessas considerações, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos e **nego provimento ao agravo regimental**. Outrossim, tendo em vista o requerimento do Ministério Público Federal e o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal consolidado nos autos do HC n. 126.292/SP e nas ADCs 43 e 44, **determino a expedição de ofício ao Tribunal de origem** com cópia do recurso de e-STJ fls. 403/409, a fim de viabilizar o início da execução provisória da pena.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0278940-8

**AgRg no**  
**AREsp 1.005.265 /**  
**SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023124020148260589 00220000 20150000773609 20160000062654 220000  
23124020148260589 2682/2014 26822014 RI002VHT20000

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

AGRAVANTE : RODRIGO AUGUSTO MACHADO  
ADVOGADOS : BRUNO ANTHÚNES DE ALMEIDA SILVA - MG101652  
TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379  
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 : RODRIGO AUGUSTO MACHADO  
ADVOGADOS : BRUNO ANTHÚNES DE ALMEIDA SILVA - MG101652  
TIAGO MACHADO DE PAULA - MG103379  
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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.