



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 608.262 - SP (2020/0216072-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WESLEY ANDRADE DE SOUZA (PRESO)
AGRAVADO : RODRIGO FIRMINO DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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, a Corte de origem aumentou as penas-base e afastou a minorante (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas) com base na quantidade e na natureza dos entorpecentes, sem apontar outros elementos concretos que revelassem a dedicação dos réus às 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, 07 de dezembro de 2020 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 608.262 - SP (2020/0216072-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : WESLEY ANDRADE DE SOUZA (PRESO)
AGRAVADO : RODRIGO FIRMINO DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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 origem realize nova dosimetria das penas (e-STJ fls. 99/104).

Depreende-se dos autos que o paciente WESLEY ANDRADE DE SOUZA foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), pois trazia consigo 14 porções de maconha pesando aproximadamente 45g (quarenta e cinco gramas), 290 tubos plásticos contendo cocaína pesando aproximadamente 433g (quatrocentos e trinta e três gramas) e 212 porções de *crack* pesando aproximadamente 260g (duzentos e sessenta gramas) – e-STJ fl. 15. O paciente RODRIGO FIRMINO DOS SANTOS foi absolvido das imputações que lhe foram feitas, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso ministerial a fim de condenar os réus às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa para WESLEY ANDRADE DE SOUZA e de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa para RODRIGO FIRMINO DOS SANTOS, ambos em regime inicial fechado, como incursos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No *habeas corpus*, a defesa pretendeu a redução das penas-base impostas aos pacientes, com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e a fixação do regime prisional menos gravoso, substituída as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 3/11).

A ordem foi concedida determinando o retorno dos autos à origem para realização de nova dosimetria das penas, considerando a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico (e-STJ fls. 99/104).

Neste agravo regimental, o Ministério Público Federal afirma que *"a jurisprudência da Corte, notadamente a Eg. 5ª Turma, reconhece não constituir bis in idem a utilização da quantidade e variedade das drogas simultaneamente na primeira fase dosimétrica e para afastar a incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, por identificar neste aspecto a indicição da dedicação do agente às atividades criminosas pelo agente, exatamente como o fez o Tribunal de Justiça/SP na espécie"* (e-STJ fl. 113).

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 608.262 - SP (2020/0216072-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como se vê do relatório, almeja o agravante o afastamento do *bis in idem*.

In casu, conforme esclarecido na decisão agravada, o colegiado estadual tomou a quantidade e a variedade dos entorpecentes para manter a exasperação das penas-base e afastar a minorante das sanções.

Transcrevo os excertos, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 100/101):

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. In casu, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 45/47).

Passo à dosimetria. Wesley:

As básicas foram estabelecidas em 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, 1/6 acima do patamar mínimo em decorrência da quantidade e natureza das drogas apreendidas. Referido aumento fica mantido, eis que suficiente à hipótese dos autos. Na segunda fase, incidência a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se as penas ao patamar mínimo de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na terceira fase, merece acolhida o pleito ministerial, posto que inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Não faz jus ao benefício, posto que para seu reconhecimento o agente deve preencher, simultaneamente, todos os requisitos legais constantes do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. In casu, embora primário, o réu foi abordado pelos policiais após ter demonstrado comportamento suspeito, o que ensejou a abordagem, sendo apreendida grande quantidade de três tipos de entorpecentes, todos embalados e individualizados, prontos para a entrega ao consumo de terceiros (290 porções de cocaína, 14 de maconha e 212 de crack). Tudo a evidenciar que esta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática não era eventual, revelando um maior grau de reprovabilidade na conduta, logo não pode ser contemplado com o benefício da lei. Incide, contudo, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, posto que o conjunto probatório evidenciou que a prática ilícita envolvia adolescente, que era "olheiro" do tráfico sendo certo que os policiais apreenderam em poder deste um rádio comunicador, tudo a corroborar a imputação de que o menor atuava ativamente na prática ilícita. Dessa forma, ficam as penas aumentadas de 1/6, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso legal.

Rodrigo: As básicas ficam estabelecidas em 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, 1/6 acima do patamar mínimo em decorrência da quantidade e natureza das drogas apreendidas. *Cumpra consignar, ainda, que registra antecedentes criminais, constando envolvimento anterior com o tráfico ilícito de drogas e porte de arma de fogo (fls. 118/125). Teve duas execuções penais, a última terminando em 2011 (fls. 123/124). Na segunda fase, permanecem inalteradas ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes. Não faz jus ao benefício, posto que para seu reconhecimento o agente deve preencher, simultaneamente, todos os requisitos legais constantes do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. In casu, o réu foi abordado pelos policiais após ter demonstrado comportamento suspeito, o que ensejou a abordagem, sendo apreendida grande quantidade de três tipos de entorpecentes, todos embalados e individualizados, prontos para a entrega ao consumo de terceiros (290 porções de cocaína, 14 de maconha e 212 de crack), além de quantia em dinheiro, em notas trocadas. Some-se, ainda, o fato de o réu registrar condenação pela prática de tráfico em 2006. Tudo a evidenciar que esta prática não era eventual, revelando um maior grau de reprovabilidade na conduta, logo não pode ser contemplado com o benefício da lei. Incide, contudo, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, posto que o conjunto probatório evidenciou que a prática ilícita envolvia adolescente, que era o "olheiro" do tráfico, como visto, sendo certo que os policiais apreenderam em poder deste um rádio comunicador, tudo a corroborar a imputação de que o menor atuava ativamente na prática ilícita. Dessa forma, ficam as penas aumentadas de 1/6, totalizando 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa, no piso legal.*

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 (e-STJ fls. 102/104):

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo 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. 666.334/AM, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reafirmou-se que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos deveriam ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena.

Nesse palmilhar:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ficam prejudicados os pleitos de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

Ante o exposto, concedo a ordem para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realize nova dosimetria das penas, considerando a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico, e que, após, proceda à nova análise acerca do regime inicial de cumprimento das reprimendas e da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

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: 2020/0216072-9

AgRg no
HC 608.262 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15006213720188260536 2882018

EM MESA

JULGADO: 07/12/2020

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY ANDRADE DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE : RODRIGO FIRMINO DOS SANTOS (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 : WESLEY ANDRADE DE SOUZA (PRESO)
AGRAVADO : RODRIGO FIRMINO DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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.