



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.027 - SP (2019/0167566-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : FRANKLIN FERMINO DA COSTA MATOS
AGRAVADO : GISELLI CHRISTINA APARECIDA MESQUITA
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *BIS IN IDEM*. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVA DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque 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.

2. 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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. 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 entendimento 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, em observância à vedação do *bis in idem*.
4. Uma vez que, no caso, a Corte estadual sopesou os mesmos elementos – quantidade e natureza das drogas apreendidas – tanto para fins de exasperação da pena-base quanto para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, houve ofensa ao princípio do *ne bis in idem*. Assim, deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena da acusada, dessa vez com a utilização da quantidade e/ou da natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.
5. Agravo 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 agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de setembro de 2020

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.027 - SP (2019/0167566-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : FRANKLIN FERMINO DA COSTA MATOS
AGRAVADO : GISELLI CHRISTINA APARECIDA MESQUITA
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que dei parcial provimento ao recurso especial interposto pela defesa, a fim de reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realizasse nova dosimetria da pena da acusada, dessa vez com a utilização da quantidade e/ou da natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

O Ministério Público afirma, em síntese, que a defesa "pleiteara em suas razões do recurso especial incidência do redutor do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e não ocorrência de *bis in idem* pelo reconhecimento da quantidade de entorpecentes em duas fases do cálculo dosimétrico, havendo portanto julgamento *extra petita*" (fl. 984).

Aduz, ainda, que não houve *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto há diversos elementos nos autos – além da quantidade e/ou natureza das drogas apreendidas – que evidenciam a dedicação da acusada a atividades criminosas.

Requer a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja restabelecido o acórdão proferido em segundo grau e, por conseguinte, seja mantida inalterada a reprimenda imposta à ré pela Corte estadual.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.027 - SP (2019/0167566-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *BIS IN IDEM*. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVA DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque 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.

2. 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*.

3. 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 entendimento 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, em observância à vedação do *bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Uma vez que, no caso, a Corte estadual sopesou os mesmos elementos – quantidade e natureza das drogas apreendidas – tanto para fins de exasperação da pena-base quanto para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, houve ofensa ao princípio do *ne bis in idem*. Assim, deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena da acusada, dessa vez com a utilização da quantidade e/ou da natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.
5. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Em que pesem os argumentos despendidos pelo ora agravante, entendo que não lhe assiste razão.

Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque 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.

O Juiz sentenciante considerou indevida a aplicação da referida minorante, sob o argumento de que a ré "dedicava-se a atividades criminosas e integra organização criminosa" (fl. 676), **sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, justificasse o porquê de tal conclusão.**

A Corte estadual, por sua vez, manteve o entendimento de que não seria cabível a redução de pena, "pois as circunstâncias da prisão, a quantidade expressiva de drogas e a nefasta natureza delas (cocaína em pó e na forma de crack) indicam que a apelante Giselli não agiu de modo isolado, casual, demonstrando, ao contrário, o envolvimento habitual com a atividade criminosa" (fl. 861).

Em relação ao argumento relativo às "circunstâncias da prisão", constato que o Tribunal de origem, em nenhum momento, **explicitou quais circunstâncias seriam essas** que permitiriam a conclusão de que a ré seria uma traficante contumaz ou de que não seria uma pequena traficante.

Quanto aos elementos referentes à natureza e à quantidade de drogas apreendidas, reitero que esses dois fatores já foram sopesados para fins de exasperação da pena-base, motivo pelo qual não poderiam ser novamente invocados, na terceira fase da dosimetria, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem* e de inobservância ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do **HC n. 112.776/MS** e do **ARE n. 666.334/AM**, com repercussão geral reconhecida.

Ademais, não há falar que esta Corte Superior de Justiça, ao reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e determinar o retorno dos autos à instância de origem para a realização da nova dosimetria da pena, haja incorrido em julgamento *extra petita*. Isso porque a defesa pleiteou a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e este Tribunal concedeu algo estritamente dentro dos limites do pedido defensivo, **embora em menor extensão**, com a determinação de retorno dos autos à Corte estadual para fosse reanalisada a possibilidade de incidência ou não do redutor, dessa vez com a utilização da quantidade e/ou da natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Diante de tais considerações, entendo irretocável a conclusão do *decisum* ora recorrido de que houve ofensa ao princípio do *bis in idem* e de que, portanto, deveria ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realizasse nova dosimetria da pena da ré, nos termos em que devidamente explicitados no *decisum* ora agravado.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0167566-0

AgRg no
REsp 1.819.027 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004728420168260569 0005047-17.2018.8.26.0521 0005048-02.2018.8.26.0521 147/2016
1472016 4728420168260569 50471720188260521 50480220188260521

EM MESA

JULGADO: 15/09/2020

Relator

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

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

RECORRENTE : FRANKLIN FERMINO DA COSTA MATOS
RECORRENTE : GISELLI CHRISTINA APARECIDA MESQUITA
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
RECORRIDO : 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 : FRANKLIN FERMINO DA COSTA MATOS
AGRAVADO : GISELLI CHRISTINA APARECIDA MESQUITA
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
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, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.