



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564.995 - SP (2020/0056175-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : KELVIN FELIPE DE BARROS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
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, as instâncias estaduais aumentaram a pena-base e afastaram a minorante (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas) com base apenas na quantidade e na natureza dos entorpecentes, sem apontar outros elementos concretos que revelassem a dedicação do réu a 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, 19 de maio de 2020 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564.995 - SP (2020/0056175-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : KELVIN FELIPE DE BARROS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
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 liminarmente para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realize nova dosimetria da pena.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 420 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas privilegiado (art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006), pois, segundo os fatos apurados, o réu trazia consigo, aproximadamente, **60g (sessenta gramas) de cocaína, 105g (cento e cinco gramas) de crack e 320g (trezentos e vinte gramas) de maconha** (e-STJ fl. 36).

A 7ª Câmara de Direito Criminal negou provimento ao recurso defensivo e proveu a apelação do Ministério Público para afastar a causa de redução da pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena foi redimensionada para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa (e-STJ fls. 33/41).

No *habeas corpus*, a Defensoria Pública apontou constrangimento ilegal decorrente do cálculo da pena.

Asseverou que a quantidade e a natureza dos entorpecentes não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificariam a exasperação da pena-base em 1/6, bem como não poderiam fundamentar o afastamento da causa de redução da sanção por revelar *bis in idem*.

Requeru, ao final, a concessão da ordem para aplicar a minorante da reprimenda (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) e modificar o regime inicial de cumprimento da pena.

A ordem foi concedida com base nas disposições da Lei n. 11.343/2006 e no entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fls. 44/48).

Neste agravo regimental, o Ministério Público busca afastar o reconhecimento do *bis in idem* afirmando para isso que *"as circunstâncias do caso sob análise demonstram o envolvimento do agravado com o tráfico e a indevida aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 [...]"* (e-STJ fl. 54).

Acrescenta que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende "[...] que a utilização simultânea da quantidade de droga apreendida para exasperar a pena-base e para afastar o redutor § 4º, do art. 33 da Lei 11.343, não configura *bis in idem* [...]. Cabe destacar também que entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 119781 (Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017), apenas veda a dupla valoração e não que seja tal circunstância também considerada para afastamento da própria causa especial de diminuição, máxime quando associada a outros elementos encartados nos autos" (e-STJ fls. 54/55).

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 564.995 - SP (2020/0056175-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

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

Conforme esclarecido na decisão agravada, o colegiado estadual tomou a quantidade e a diversidade dos entorpecentes para exasperar a pena-base e afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem acrescentar elementos concretos que pudessem revelar a dedicação do sentenciado a atividades criminosas.

Transcreve-se o excerto (e-STJ fls. 45/46):

Examinando os autos, constato que o colegiado estadual estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade de drogas (e-STJ fl. 36). Posteriormente, atenuou a reprimenda pela confissão. Na derradeira etapa, os membros da 7ª Câmara de Direito Criminal afastaram a minorante da pena – art. 33, § 4º, da Lei de Drogas –, consoante os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 37):

*Observa-se, por oportuno, quanto à figura privilegiada (cf. art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), que não se vislumbra a possibilidade de seu reconhecimento, visto que **foi apreendida expressiva quantidade de estupefacientes, em três variedades**, dentre eles cocaína e crack, de alto poder vulnerante, como referido, fato que indica envolvimento em atividades criminosas, vale dizer, aponta que o apelante se dedicava habitualmente à traficância e revela incompatibilidade com o benefício legal.*

*E não há que se falar em **bis in idem**, pois a quantidade e variedade de entorpecentes devem ser consideradas nas diversas fases da dosimetria (art. 42 da Lei Antidrogas), mas **sob perspectivas diversas** na primeira, é considerada como fator atentatório à saúde pública, e na fixação da pena final é vista sob o prisma do **grau de envolvimento do réu com estrutura criminosa destinada ao tráfico**. (Grifei.)*

Reparem: a quantidade de estupefacientes apreendidos justificou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como o afastamento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, do referido diploma legal.

Evidente, portanto, o constrangimento ilegal.

Como visto, os Magistrados afastaram o redutor da pena valendo-se do mesmo suporte fático tomado para exasperar a pena-base (quantidade e natureza dos entorpecentes), sem apontar peculiaridades que revelassem o empenho do réu a atividades delitivas e retirassem a qualificação de traficância ocasional.

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. Transcreve-se, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 46/48):

Sobre o tema, 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.

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 devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena.

Nesse palmar:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, relator 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.

[...]

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, relatora 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016, grifei.)

Diante desse cenário, é 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.

Acrescento que a compreensão da Quinta Turma desta Corte está em consonância com o entendimento aqui exposto, de que configura *bis in idem* tomar-se a quantidade e/ou natureza dos estupefacientes para exasperar a pena-base e afastar a minorante quando **desassociadas de outros elementos concretos** que atestem a dedicação do réu a atividades criminosas ou que ele integre organização criminosa. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA DE RECONHECIMENTO FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NOVA DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas e afasta o referido redutor em razão da dedicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, com destaque para a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos.

- In casu, a **quantidade e variedade das drogas** apreendidas foram os **únicos fundamentos apresentados** pelas instâncias de origem **para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado** à paciente.

Todavia, **essas circunstâncias isoladas e dissociadas de outros elementos**, apenas evidenciam o crime de tráfico, e **não possuem aptidão para se concluir que ela vinha se dedicando à traficância com habitualidade, ou mesmo, que integrava uma organização criminosa, e lhe negar a incidência do redutor. Precedentes.**

- Desse modo, **deve ser mantida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**, na terceira fase da calibragem da pena, inclusive no patamar operado, **para evitar bis in idem, haja vista que a pena-base da paciente já foi exasperada em 3 anos pelo desvalor conferido às circunstâncias do delito, consubstanciada na natureza, diversidade e quantidade de drogas apreendidas** (90 gramas de maconha; 18,7 gramas de cocaína e 296,8 gramas de crack).

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 542.989/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. [...]

[...]

II - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade de entorpecente apreendido com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.

III - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de *bis in idem*.

IV - Na hipótese, a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade da droga apreendida, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/06. Por outro lado, **houve fundamentação concreta quando ao afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só na quantidade de droga, mas também nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão do entorpecente, tudo evidenciando que o acusado se dedicava a atividades criminosas, fazendo disso seu meio de vida.**

[...]

(AgRg no HC 547.568/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 18/03/2020, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. [...] DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. [...] CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

[...]

2. Na hipótese, observa-se que as instâncias de origem, **com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias do caso concreto aliadas à quantidade de entorpecente apreendido**, constataram que o réu se dedicava à prática de ilícitos, encontrando-se justificada, assim, a negativa de aplicação da causa de diminuição em testilha.

3. "Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos." (AgRg no HC 525.356/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019) 4. Agravo regimental



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desprovido.

(AgRg no HC 534.604/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 05/03/2020, grifei.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

*1. Esta Corte tem decidido que **a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas**, o que afasta a aplicação da minorante. In casu, a utilização da quantidade/natureza da 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. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade/natureza da 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).*

*2. Verifica-se que **o Tribunal a quo negou o benefício**, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, **diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas e das circunstâncias do fato**, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.*

[...]

(AgRg no REsp 1846545/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA SOPESSADA TAMBÉM NA PRIMEIRA ETAPA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. [...]

*3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na **quantia da substância apreendida** - 4 tijolos de maconha (342,8g) -, **assim como nos demais elementos constantes dos autos**, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.*

4. 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 531.270/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 04/12/2019, grifei.)

Além disso, precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal confirmam a vedação ao *bis in idem* quando as instâncias ordinárias, na terceira fase da dosimetria, sopesarem apenas a quantidade e/ou natureza dos entorpecentes para excluir a referida minorante, sem apontar outros dados concretos capazes de revelar a dedicação do réu a atividades delitivas ou sua participação em organização criminosa. Vejam-se:

Penal. Habeas Corpus originário. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Natureza e quantidade da droga. Indevido Bis in idem. Precedente do Plenário do STF. Ordem parcialmente concedida.

*1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos HCs 112.776 e 109.193, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, por maioria de votos, consolidou o entendimento de 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)**”. Todavia, nada impede que essa*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução)”.

2. Situação concreta em que a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas tanto na primeira fase quanto na terceira fase da dosimetria da pena. Em contrariedade, portanto, à orientação fixada pelo Plenário do STF.

3. Ordem concedida, em parte, apenas para que as instâncias de origem refaçam a dosimetria da pena, afastado o indevido bis in idem, observada a jurisprudência do Plenário do STF.

(HC 141420, relator Ministro MARCO AURÉLIO, relator p/ acórdão: Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/1/2019 PUBLIC 1º/2/2019, grifei.)

Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). [...] Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (3.635 g de cocaína e 1.064 g de crack). Admissibilidade. Vetores a serem necessariamente considerados na dosimetria (art. 59 do CP e art. 42 da Lei nº 11.343/06). Impossibilidade apenas de sua valoração negativa, cumulativamente, na terceira fase da dosimetria. Precedentes. Hipótese em que o tribunal local também valorou negativamente, na terceira fase, 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 se dedicava a atividades criminosas. Fundamento suficiente, por si só, para negar o redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Impossibilidade de se glosar essa conclusão em sede de habeas corpus. [...]

2. A natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes.

3. Todavia, não se admite sua valoração negativa, cumulativamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14).

4. Contrariando esse entendimento, o tribunal local valorou negativamente a natureza e a quantidade de droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

5. Se a tanto tivesse se limitado, efetivamente estaria caracterizado indevido bis in idem na dosimetria da pena.

6. Ocorre que, na terceira fase, em acréscimo, o Tribunal de Justiça 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 se dedicava a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas.

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

[...]

(HC 130592, relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10/10/2016 PUBLIC 11/10/2016, grifei.)

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: 2020/0056175-7

AgRg no
HC 564.995 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15011095520198260536 20200000094757

EM MESA

JULGADO: 19/05/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KELVIN FELIPE DE BARROS (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 : KELVIN FELIPE DE BARROS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
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.