RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.892 - MS (2019/0063918-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	GLEISON RODRIGUES DA SILVA
RECORRIDO	:	LUIZ FERNANDO MORAES MARTINEZ
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 348/349):

> *EMENTA - APELAÇÕES CRIMINAIS - ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO - NÃO CARACTERIZADO - AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO ENTRE OS ACUSADOS - TRÁFICO DE DROGAS - PENAS-BASES DOSADAS ACIMA DO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 33, CAPUT. DA LEI Nº 11.343/2006, EM VIRTUDE DO VOLUME E DA NATUREZA DOS ESTUPEFACIENTES APREENDIDOS - CIRCUNSTÂNCIAS VALORADAS SIMULTANEAMENTE NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA - IMPOSSIBILIDADE. SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON BIS IDEM - DECOTE DAS MODULADORAS RELATIVAS AO VOLUME E AOS EFEITOS DOS NARCÓTICOS NA PRIMEIRA ETAPA DO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÂO DAS PENAS. COM O RESULTANTE RECÁLCULO DAS PENAS-BASES - TRÁFICO PRIVILEGIADO - CONFIGURADO - FALTA DE PROVAS DE QUE OS RÉUS SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS - MINORANTE DISPOSTA NO § 4° DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA PELO JUÍZO A QUO NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO) - DESPROPORCIONAL - ALTERAÇÃO PELO TRIBUNAL PARA O GRAU DE 1/3 (UM TERÇO), QUE SE MOSTRA SUFICIENTE E ADEQUADO À REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO DELITO PERPETRADO PELOS ACUSADOS - REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DAS REPRIMENDAS - PENAS RECALCULADAS PELO JUÍZO AD QUEM PARA MENOS DE 4 (QUATRO) ANOS DE*

RECLUSÃO - ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO, EX VI DO ART. 33. § 2º, ALÍNEA "C" DO CÓDIGO PENAL, SEM POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PERTINENTE À CARACTERÍSTICA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS ("PASTA BASE DE COCAÍNA") DESFAVORÁVEL - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO - RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE.

Para a configuração do crime prescrito no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, faz-se indispensável a demonstração do vínculo de estabilidade, de permanência entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a reunião esporádica e episódica.

Incorre em bis in idem o julgador que valora negativamente as circunstâncias judiciais concernentes à quantidade e à natureza da substância entorpecente na primeira e na terceira etapa do processo de dosimetria da pena.

Satisfazendo os acusados todos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/2006, cumulativamente, ou seja, caso sejam primários, possuam bons antecedentes, não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa, têm direito ao privilégio contido no aludido preceito.

Para a fixação do quantum de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, deve o magistrado escolher um patamar que seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime cometido pelo agente.

Na hipótese de a pena privativa de liberdade ser inferior a 4 (quatro) anos, aliada às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Estatuto Repressivo, em especial, nas condições pessoais favoráveis dos acusados, o regime inicial do cumprimento das reprimendas deve ser o aberto, ev vi do art. 33, § 2º, alínea "c" do referido codex.

Ausente um dos requisitos autorizadores para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, elencados no art. 44 do Código Penal, resta inadmissível a concessão de tal benesse.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 364/370), alega a parte recorrente violação dos artigos 33, § 3º, e 59, do CP e dos artigos 33, § 4º e 42, da Lei n. 11.343/2006. Sustenta: (i) a exasperação da pena-base dos acusados em decorrência da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, tendo em vista não haver óbice à aplicação do referido vetor,

concomitantente, tanto na primeira quanto na terceira etapas da dosimetria da pena, não havendo que se falar em *bis in idem*; (ii) o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a dedicação dos acusados à atividade criminosa, dada a expressiva quantidade de droga apreendida, além da apreensão de tesoura, plástico, fita adesiva, balança de precisão, caderno contendo a contabilidade do tráfico e R$ 128,00 em notas fracionadas; e (iii) a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o previsto para o *quantum* de pena aplicado, em decorrência do alto grau de reprovabilidade da conduta e considerando que, no tráfico, devem preponderar, na fixação das penas, a natureza e a quantidade de droga.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 401/421), o recurso foi admitido pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 428/433).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 447/451).

É o relatório. **Decido**.

Primeiramente, no que concerne ao pleito de afastamento da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

Para aplicação da referida causa de diminuição de pena, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Na hipótese dos autos, a Corte *a quo* assim se pronunciou para,

negando provimento ao apelo ministerial e dando parcial provimento aos apelos defensivos, manter a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e alterar a respectiva fração de redução da pena de 1/6 para 1/3 (e-STJ fls. 353/354):

> *[...]*
>
> *Lado outro, no que toca ao pedido do Parquet de decote da causa especial de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n° 11.373/2006, referente ao tráfico privilegiado, a meu sentir, não prospera.*
>
> *Com efeito, reza o dispositivo supracitado, in verbis:*
>
> *"Nos delitos definidos no caput e no § I" deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."*
>
> *Da leitura do preceito supra reproduzido, extrai-se que, para que fique configurado o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada, com a conseqüente diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se necessário que o réu satisfaça todos aqueles requisitos, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de modo que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse.*
>
> ***No caso cm testilha, do exame detido do conjunto probatório produzido, constata-se que ambos os acusados são primários e não há provas e nem mesmo indícios de que se dediquem a atividades criminosas ou pertençam à organização criminosa.***
>
> ***Nesse quadro, é imperativo reconhecer que o magistrado singular agiu de maneira escorreita ao reconhecer em prol dos réus o redutor alusivo ao tráfico privilegiado, não havendo falar, portanto, em ausência de um dos requisitos para a sua concessão.***
>
> *Em relação à fração empregada pelo juiz de instância singela para a diminuição das penas em virtude da* ***incidência do privilégio supramencionado, a saber, no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), nota-se da motivação da sentença que ele adotou este quantum sob o fundamento de que "a quantidade de droga e o alto poder destruidor há de prejudicar em muito os acusados"****, valendo repetir que eles foram autuados cm flagrante delito mantendo em depósito 510 g (quinhentos e dez gramas) de "cânhamo" e 16 g (dezesseis gramas) de "pasta base de cocaína".*

> ***Entrementes, não obstante os critérios expostos pelo magistrado a quo para aplicação da minorante no grau mínimo de 1/6 (um sexto), entendo que esse patamar é desproporcional e desarrazoado, motivos pelos quais deve ser modificado para 1/3 (um terço), o qual reputo suficiente e necessário à reprovação e prevenção do crime cometido pelos acusados****, passando as penas de cada um deles, por ora, para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. (grifei)*

Ao que se nota, o acórdão recorrido está fundado em contexto fático extraído de provas válidas, regularmente submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa no curso da instrução criminal e do devido processo legal.

Na espécie, a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi devidamente motivada pela instância ordinária, a quem compete analisar fatos e provas, tendo esta asseverado que *[...] ambos os acusados são primários e não há provas e nem mesmo indícios de que se dediquem a atividades criminosas ou pertençam à organização criminosa* (e-STJ fl. 354).

Ora, rever a conclusão sedimentada nos autos, como pretende o órgão ministerial, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Em segundo lugar, no que tange à pretensão de exasperação da pena-base aplicada aos recorridos, em decorrência da quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, ou seja, tal valoração só pode ser considerada na primeira ou na terceira fases do cálculo da pena. Abaixo,

ementa do referido julgamento:

> *Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.* (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014).

Esta Corte Superior, na esteira da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE n. 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.404.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; HC n. 314.934/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; AgRg no REsp n. 1.243.660/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 12/8/2015; HC n. 275.856/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 26/6/2015.

A respeito dessa questão, o Tribunal de origem consignou (e-STJ fl. 353):

> *[...]*
>
> *Ou seja, o magistrado a quo adotou como razão de decidir o montante e as características dos estupefacientes localizados em poder dos réus, ex vi do art. 42 da Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, o qual prescreve que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*
>
> ***Nesse cenário, tendo em conta que se trata de infração penal***

> ***delineada na Lei n° 11.343/2006, a quantia e a natureza da substância ilícita, obviamente, são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Estatuto Repressivo, não representando, por conseguinte, ilegalidade o arbitramento da pena-base além do mínimo legal****, porque é certo que quanto maior o volume da droga e mais deletérios forem os seus efeitos, superior será a possibilidade de lesão à saúde pública, que é o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de entorpecentes.*
>
> ***Todavia, considerando que o juiz singular utilizou as circunstâncias judiciais pertinentes à quantidade e a natureza dos narcóticos apreendidos para afastar a minorante atinente ao tráfico privilegiado, competindo repisar que elas foram valoradas desfavoravelmente na primeira etapa do processo de dosimetria, com a resultante elevação das penas-bases, é de rigor concluir que, de fato, o princípio do non bis in idem restou violado, decorrendo daí que as apontadas moduladoras devem ser neutralizadas****, com o derivado redimensionamento da penas para o mínimo legal, isto é, 5 (cinco) anos de reclusão c sanção pecuniária correspondente a 500 (quinhentos) dias-multa. (grifei).*

Na hipótese dos autos, verifico que o Tribunal local, na terceira fase da dosimetria da pena, adotou os critérios da quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos, para fins de determinação da fração de redução decorrente da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo esta sido alterada de 1/6 para 1/3.

Assim, o entendimento da Corte *a quo* pela não utilização das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e art. 42, da Lei n. 11.343/2006, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, como visto acima, não merecendo reparo.

Por fim, quanto à pretensão de fixação de regime mais severo para o início do cumprimento da pena, com base na quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas, associadas às demais circunstâncias do delito, assim se pronunciou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 354/355):

> *Derradeiramente, no que se refere ao pleito dos réus/apelantes*

> *de alteração do regime inicial prisional, levando em consideração a reforma parcial do decisum por este juízo ad quem, com o consecutivo recálculo das reprimendas para menos de 4 (quatro) anos de reclusão, somada às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, em especial, nas condições pessoais favoráveis deles, pois não registram antecedentes, a meu ver, o regime inicial do cumprimento das penas corporais deve ser modificado para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do mencionado codex, porém, sem possibilidade de substituição por medidas restritivas de direitos, haja vista a natureza de um dos entorpecentes apreendidos - "pasta base de cocaína" - que, como cediço, causa efeitos nefastos e tem alto poder viciante, sendo certo que a conversão das penas por sanções alternativas se afigura inadequada.*

A esse respeito, os enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal assim dispõem, respectivamente:

> *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Mister, portanto, a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime. Precedentes: HC n. 325.756/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; HC n. 312.264/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 31/5/2016; HC n. 344.395/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 15/3/2016.

Ademais, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à

substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes: AgRg no AREsp n. 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

No presente caso, a Corte local deu parcial provimento aos apelos defensivos, redimensionando as penas dos acusados para 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa. E, não obstante considerar a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos – 16g de pasta base de cocaína e 510g de maconha – motivos suficientes para a fixação da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar intermediário (1/3) e para afastar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, fixou o regime aberto para o início do cumprimento da pena (e-STJ fl. 354/355).

Ocorre que, na espécie, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, em que pese a reprimenda final seja inferior a 4 (quatro) anos e os recorridos sejam primários e sem antecedentes, mostra-se inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito destes. É que a natureza e quantidade de drogas (16g de pasta base de cocaína e 510g de maconha) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso V, alínea "a", do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial, para fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena pelos acusados, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator