RECURSO ESPECIAL Nº 1.812.879 - MG (2019/0132939-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	WARLEY SOARES (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por WARLEY SOARES, fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento à apelação defensiva e provimento integral ao recurso da acusação para, ao final, modificar a pena cominada no primeiro grau de jurisdição pela prática da infração penal descrita no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Os elementos existentes nos autos indicam que o recorrente foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, uma vez que, no dia 15/7/2011, por volta das 15h30min, no Município de Teófilo Otoni-MG, foi flagrado enquanto mantinha em depósito, para fins de comércio, 166,91 g (cento e sessenta e seis gramas e noventa e um centigramas) de maconha sem autorização legal ou regulamentar.

A ação penal foi julgada procedente no primeiro grau de jurisdição, tendo o réu sido condenado a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, sob regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, além de 221 (duzento e vinte e um) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (e-STJ fls. 191-196).

Em grau de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da menoridade relativa, e, por outro lado, acolheu integralmente a pretensão recursal deduzida pela acusação, para exasperar o aumento da pena-base e minorar a redução pelo reconhecimento do tráfico privilegiado em razão da quantidade de droga apreendida. Ao final, a reprimenda aplicada ao recorrente foi redimensionada para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, sob regime inicial fechado, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (e-STJ fls. 332-369).

Opostos embargos infringentes e de nulidade pela defesa (e-STJ fls. 373-377), estes foram parcialmente acolhidos pelo Tribunal *a quo* para aplicar o regime semiaberto para o início do cumprimento de pena (e-STJ fls. 388-402).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 406-419), a defesa reputa contrariado os artigos 1º, 33, §§ 2º e 3º, 59, *caput* e inciso III, e 68, todos do Código Penal, e artigos 33, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006, bem como suscita a existência de dissídio jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que o Tribunal de origem incorreu em indevido *bis in idem*, pois considerou a quantidade e natureza da droga tanto para exasperar a pena-base como para modular a fração do redutor pertinente ao tráfico privilegiado, fixando-a no patamar mínimo de 1/6 (um sexto).

Postula, então, a aplicação do redutor no patamar máximo, bem como o

abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 446-454), após o juízo positivo de admissibilidade (e-STJ fls. 456-458), os autos ascenderam a este Superior Tribunal.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 489-494).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

A pretensão merece acolhida.

Acerca do tema trazido à discussão no recurso especial, assim restou assentado pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 359-362):

> *Resume-se a questão à análise da possibilidade de aumento da pena-base, de redução da pena pelo privilégio observando-se uma fração diversa da máxima, de alteração do regime e de afastamento da substituição da pena corporal por restritivas de direitos.*
> *Do pedido de aumento da pena-base e de redução pelo privilégio em uma fração diversa da máxima - O Parquet pede o aumento da pena-base e a redução da pena pelo privilégio em uma fração diversa da máxima.*
> *Razão lhe assiste em razão da quantidade de droga apreendida.*
> ***A sugestiva quantidade de droga arrecadada realmente repercute negativamente na fixação da pena-base nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, podendo esta ainda ser observada para a escolha da fração de redução pelo privilégio, não havendo que se falar em bis in idem.***
> *O que ocorre é apenas a utilização de um mesmo padrão de referência para momentos e finalidades distintos, objetivando a aplicação da reprimenda proporcional e suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que foi cometido.*
> *A reprimenda portanto pode ser aumentada na primeira fase em razão da quantidade de droga apreendida e sendo esta observada na terceira fase para se definir a fração redutora do privilégio.*
> *As balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal de encontram por sua vez favoráveis, não havendo que se falar em qualquer alteração.*
> *A culpabilidade, os motivos e as circunstâncias são inerentes ao delito de tráfico perpetrado, não havendo que se falar em um plus de reprovabilidade.*
> *As conseqüências também favorecem pois inexistem questões extrapenais a serem consideradas.*

> *E, o comportamento da vítima, não é analisado neste caso por ser esta o Estado e, mesmo que observado, esta se apresenta neutra, não devendo ser considerada para exasperar a pena-base.*
> *Mantenho assim a análise favorável das balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal nos termos da sentença fustigada,* ***aumentando a pena-base em razão da quantidade de droga apreendida****.*
> *[…]*
> ***Considerando assim a apreensão de sugestiva quantidade de droga - 80 [oitenta] buchas de maconha f. 132 necessária é a redução da pena na fração mínima de 1/6 [um sexto].***
> *A pena tem função social, devendo ser fixada em observância ao princípio da individualização da pena ut artigo 5º inciso XLVl da CR/88, impondo-se assim a aplicação de reprimendas mais severas diante de situações mais graves.*
> *Passo desta forma à fixação da pena:*
> ***Considerando assim as balizas judiciais do artigo 59 do Código Penal favoráveis mas em observância ao artigo 42 da Lei 1 1.343/06 nos termos analisados acima, fixo a pena-base acima do mínimo legal, fixando-a em 05 [cinco] anos e 06 [seis] meses de reclusão e ao pagamento de 550 [quinhentos e cinqüenta] dias-multa sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época dos fatos****;*
> *Na segunda-fase, reduzo a reprimenda para o mínimo legal em razão da circunstância atenuante da menoridade devidamente reconhecida acima, respeitando-se o que dispõe a súmula 231 do STJ. fixando-a em 05 [cinco] anos de reclusão e ao pagamento 500 [quinhentos] dias-multa sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época dos fatos;*
> *E, por fim,* ***reduzo a reprimenda em razão do privilégio em 1/6 [um sexto] pelos fundamentos adotados alhures****, fixando-a definitivamente em 04 [quatro] anos e 02 [dois] meses de reclusão e ao pagamento de 416 [quatrocentos e dezesseis] dias-muíta sobre 1/30 [um trigésimo] do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

Da leitura do excerto supra verifica-se que a quantidade e a natureza da droga apreendida foram utilizadas em momentos diversos, tanto para exasperar a pena-base como para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar mínimo, o que, nos termos da jurisprudência sedimentada no âmbito deste Tribunal Superior,

não é permitido por configurar indevido *bis in idem*.

Note-se que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao sentenciado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, guiando-se pelos fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

> *"Art. 42. 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."*

Ao interpretar o mencionado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido com o acusado de tráfico de drogas devem ser levados em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

> *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)*

No mesmo sentido, orienta-se o entendimento desta Corte Superior:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO NA TERCEIRA FASE. CABIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA E DE DROGAS. AFASTAMENTO DO BIS IN IDEM. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DE 2/3. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*

[...]
II - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, diga-se, ou na primeira ou na terceira fase, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.
III - Outrossim, é entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, não configura bis in idem.
IV - No entanto, na presente hipótese, verifica-se que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, assim como na terceira fase, para modular o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.
Assim, verifica-se que o acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça, na medida em que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fase, para modular a fração da redutora, caracterizando indevido bis in idem.
V - Com efeito, in casu, na terceira fase da dosimetria, deve ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Precedente.
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, a par do bis in idem constatado, aplicar a redutora na fração de dois terços, tornando a pena definitiva fixada no patamar de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, mais ao pagamento de 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.
(HC 411.233/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 27/03/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ALTERNATIVIDADE. PRIMEIRA OU TERCEIRA FASE DO EXAME DOSIMÉTRICO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. BIS IN IDEM. VEDAÇÃO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. Nos termos da Jurisprudência pacífica desta Corte, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei 11.343/06) podem ser sopesadas, alternativamente, na primeira fase do exame dosimétrico, para majorar a pena-base, ou na terceira fase, para negar a redutora do tráfico

> *privilegiado, estando a escolha afeta à discricionariedade do julgador. É vedada a utilização da mesma circunstâncias nas duas fases, sob pena de bis in idem.*
> *[...]*
> *4. Ordem parcialmente concedida, para restabelecer a sentença em seus exatos termos, ficando a pena definitiva estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial semiaberto.*
> *(HC 422.624/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 20/03/2018)*

Desse modo, mostra-se necessário restabelecer a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em seu patamar máximo, isto é, em 2/3 (dois terços), assim como procedido pelo Juízo de primeiro grau.

Passa-se, assim, ao redimensionamento da pena.

Mantidos os critérios estabelecidos pela instância ordinária no primeiro e segundo estágios dosimétricos, aplica-se na terceira fase o redutor do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas no patamar de 2/3 (dois terços), o que resulta a pena definitiva de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Relevante consignar que a não incidência da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, deve-se ao fato de que o Tribunal de origem, ao proceder o redimensionamento da pena, deixou de aplicá-la, não tendo a acusação interposto recurso contra o acórdão nesta parte.

O regime inicial de cumprimento de pena é o aberto, conforme autoriza o art. 33, § 2º, *c*, do CP.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, as quais serão oportunamente estabelecidas pelo juízo da execução penal.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se provimento ao recurso especial** para fixar a pena nos termos acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator