

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.542.362 - SP (2019/0209535-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JULIENDERSON FERREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT LEMES ROITBERG - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **JULIENDERSON FERREIRA DA SILVA** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, além de dissídio jurisprudencial, violação do art. 8º, 2, "b" e "c", da Convenção Americana de Direitos Humanos, dos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei 11.343/06 e do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Argumenta que está vedada "a utilização da natureza da droga para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, a quantidade de drogas para afastar a redução máxima do privilégio." (e-STJ, fl. 420)

Defende, ainda, inexistir fundamentação idônea para o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

Aduz que "com a readequação da pena, a fundamentação torna-se cedível, sendo possível a substituição." (e-STJ, fl. 423)

Requer, assim, a reforma do julgado.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 433-447 (e-STJ).

Inadmitido o recurso (e-STJ, fls. 187-193), os autos ascenderam a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo (e-STJ, fls. 512-516).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

No tocante à dosimetria da pena, o acórdão recorrido está assim motivado:

"Julienderson Ferreira da Silva e David Nunes de Oliveira foram denunciados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei Antidrogas, porque no dia 26/05/2015, por volta das 20h10min, na Rua Joaquim Pereira dos Santos, altura do n.º 300, Comarca de Mauá, agindo em concurso, traziam com eles, para fins de tráfico, **150 pinos totalizando 127,9g de cocaína, 288 porções perfazendo 79,7g de crack e 259 trouxinhas totalizando 500,3g de maconha.**

[...]

A pena foi calculada de modo criterioso, em exercício da individualização da pena, e não comporta reparos. A pena-base foi estipulada em 05 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa, no piso, fundamentado que "...seguindo os

Superior Tribunal de Justiça

critérios do art. 42, da Lei 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal, deve ser considerada como circunstância judicial preponderante desfavorável a natureza das drogas apreendidas, dentre elas a cocaína e o crack, substâncias que notoriamente vulneram de forma mais intensa o bem jurídico protegido qual seja, a saúde pública -, causando maior grau de dependência do que outras drogas ilícitas, como a maconha (...) o legislador explicitou, no art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, algumas circunstâncias que já deveriam ser levadas em conta pelo julgador, nos termos do art. 59, do Código Penal, transformando-as em preponderantes”. Observada a combatividade da defesa, a exasperação da pena-base se deu com fundamento no art. 42, da Lei Antidrogas, segundo o qual “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderâncias sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta do agente”, não merecendo a decisão, neste ponto, reforma. Não se nega, como aduzido pelo defensor público subscritor das razões do recurso, que todas as substâncias tóxicas são nocivas. Contudo, inegável que a cocaína em pó ou em forma de crack apresenta maior poder vulnerante à saúde e à vida, bem como maior grau de capacidade de causar dependência química àqueles que a consomem, de modo que a exasperação como efetuada pelo d. sentenciante atende a *mens legis* do art. 42, da Lei Antidrogas, e a constitucional individualização da pena.

Na segunda etapa, persiste a atenuação da reprimenda pela confissão, fixada a provisória no mínimo previsto no preceito secundário do tipo, em atendimento ao comando da Súmula n.º 231, do STJ. Finalmente, na terceira fase, deve persistir a aplicação da redutora do art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06, já que “...as circunstâncias não indicam que o acusado tenha envolvimento de forma reiterada ou profissional com a atividade criminosa, fazendo do tráfico o seu meio de vida”. Apesar do inconformismo do Ministério Público, presentes estão os requisitos da referida redutora, motivo pelo qual inafastável é a sua incidência no caso dos autos. Isto porque, os requisitos para aplicação da causa de redução estão taxativamente previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06: ser o agente primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Compete à acusação demonstrar, de maneira convincente, firme e certa, a ausência dos requisitos legais para a concessão do benefício. Cabe ao Estado o ônus da prova no tocante à acusação de ser o réu integrante de organização criminosa, de que se dedica a atividades ilícitas ou que ostente máculas em sua vida pregressa, sendo que essa prova, respeitados doutos entendimentos em sentido contrário, não veio aos autos. Obstar a aplicação da causa de diminuição prevista na Lei 11.343/06 é tornar letra morta a previsão legislativa que buscou estabelecer penalização diversa para as várias situações dos agentes presos ou envolvidos nos crimes de tráfico, afastando assim a indevida comparação entre aqueles que se dedicam ao tráfico e pessoas outras que, por motivos diversos, se viram envolvidos nesse comércio ilícito ou que nele estavam iniciando. Trata-se de penalização de forma diferenciada, observada a necessária e exigida individualização da pena. Anote-se, ainda, que a causa de redução trazida pela Lei se coloca como direito do réu e não faculdade do julgador, se presentes estão os requisitos exigidos pela norma penal.

Superior Tribunal de Justiça

E prevendo a lei um limite mínimo (1/6) e um limite máximo (2/3) para redução da pena imposta, somente a justificação de forma concreta, segura e pontual autoriza a redução diferenciada, o que deve ficar demonstrado nos autos e explicitada pela r. sentença. No caso dos autos, foi Julienderson considerado como primário, já que reputadas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, e a quantidade de drogas, por si só, não indica que Julienderson se dedicada às atividades criminosas. Contudo, a quantidade de drogas apreendida (**150 pinos totalizando 127,9g de cocaína, 228 pinos contendo 79,7g de crack e 259 trouxinhas perfazendo 500g de maconha**), como devidamente fundamentado pelo d. sentenciante, justifica a aplicação do redutor pela menor fração, fundamentado pelo Juízo *a quo* "...que a utilização deste critério (quantidade da droga apreendida) apenas na terceira fase permite um melhor equacionamento da pena e sua correta individualização, sem implicar *'bis in idem'*".

Pela situação dos autos, não há que se falar em *bis in idem*, na medida em que erigiu o d. juiz de Direito a natureza das drogas na primeira fase do cálculo da pena e na terceira etapa, a fundamentar a aplicação do redutor em menor fração, invocou a quantidade de entorpecente apreendido, em constitucional exercício da individualização da pena, inclusive nos termos dos precedentes colacionados na r. sentença (STF, 1ª Turma, HC 110.487/RS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, j. 14/02/12; STF, 1ª Turma, HC 104.195, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/04/11). Deste modo, a pena definitiva foi adequadamente estipulada em 04 anos e 02 meses de reclusão, além do pagamento de 416 dias-multa." (e-STJ, fls. 398-404)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

No caso, observa-se que a Corte de origem se utilizou da natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) como fundamento para a majoração da pena-base. Enquanto, na terceira etapa da dosimetria, foi aferida a quantidade de entorpecentes (150 pinos totalizando 127,9g de cocaína, 228 pinos contendo 79,7g de crack e 259 trouxinhas perfazendo 500g de maconha), para se definir o patamar de diminuição da pena. Portanto, não há se falar em *bis in idem*.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), decidiu não ser possível a valoração, **concomitante**, da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria, o que não é a hipótese dos autos.

A seguir os julgados que respaldam esse entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM IMPETRADA EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ADEQUADO. NÃO CABIMENTO. ATUAÇÃO DE OFÍCIO PARA SANAR

Superior Tribunal de Justiça

ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de não mais admitir habeas corpus para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento da apelação, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Todavia, o constrangimento apontado na inicial foi analisado e, verificando-se a ausência de flagrante ilegalidade, tornou-se inviável a concessão da ordem de ofício, sendo imperiosa a negativa de seguimento do writ por esta Superior Corte de Justiça.

PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO. QUANTUM MITIGADO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO APONTADAS EM MOMENTOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. COAÇÃO NÃO VERIFICADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que 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, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. No caso dos autos, a natureza dos entorpecentes foi considerada no cálculo da pena-base, sendo que, na terceira fase da dosimetria, o Sodalício a quo ressaltou, exclusivamente, a quantidade da droga como fundamento para fixar a fração em 1/2 (metade) para o redutor especial previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, entendimento que está de acordo com a jurisprudência deste Sodalício sobre o tema.

(...)

3. Agravo Regimental improvido."

(AgRg no HC 332.638/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016.)

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006. NATUREZA DA DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE NA TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. BIS IN IDEM INEXISTENTE. REGIME INICIAL FECHADO. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E GRANDE VOLUME DA DROGA APREENDIDA. AGRAVOS NÃO PROVIDOS.

1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão

Superior Tribunal de Justiça

monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Na hipótese dos autos, a Corte de origem utilizou como fundamento na primeira fase a natureza da droga e na terceira etapa da dosimetria, a elevada quantidade de entorpecente (01 kg de cocaína) para definir o patamar de diminuição da pena em 1/6, não sendo o caso, pois de *bis in idem*.

3. Verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão, e a sentenciada seja primária, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstância prevalecente, qual seja, "vultosa quantidade e natureza extremamente gravosa da cocaína" apreendida.

4. "É inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal. (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016.) 5. Agravos regimentais não providos."

(AgRg no AREsp 870.460/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Cumpra registrar que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 109.193/MG, também se manifestou sobre o tema e, do mesmo modo, não reconheceu o *bis in idem*, pela utilização de critérios distintos em cada fase da dosimetria.

Eis a ementa do julgado:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA SOMENTE NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, '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'. **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 circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto.**

2. No caso, a natureza da droga apreendida foi utilizada somente na terceira etapa da dosimetria, ou seja, para fixar o fator de redução da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6, não havendo, portanto, violação ao princípio do ne bis in idem. Ademais, aplicar qualquer fração de diminuição diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois a pena imposta ao paciente – quatro anos e dois meses de reclusão – afasta o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Ordem denegada." (HC 109.193, Relator. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, mais uma vez não assiste razão à defesa.

No ponto, consta no acórdão impugnado:

"O regime inicial semiaberto deve prevalecer, imposto que foi nos exatos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, reputadas que foram como favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. Finalmente, inviável é a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em virtude da expressa proibição do art. 44, inciso I, do Código Penal. Do exposto, e pelo meu voto, nego provimento aos recursos." (e-STJ, fl. 404)

Portanto, considerada a pena final imposta (4 anos e 2 meses) e o fato de o agente ser primário, o **regime semiaberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

2. Uma vez que a pena foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o paciente é primário e a análise das circunstâncias judiciais lhe foi favorável, apresenta-se adequado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva, conforme o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 529.448/SP, de minha relatoria, QUINTA

Superior Tribunal de Justiça

TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 09/11/2016)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b" do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

