

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 938.232 - RJ (2016/0163388-9)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE : AULAIR PEREIRA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por AULAIR PEREIRA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que não admitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, "a", da Constituição da República.

Colhe-se dos autos que o réu foi condenado à pena de 9 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 610 dias-multa, pela prática, em concurso material, dos delitos inscritos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 (tráfico de drogas e posse/porte de munição de uso restrito).

Segundo os fatos apurados, o réu trazia consigo **133g (cento e trinta e três gramas) de cocaína** (e-STJ fl. 395) e possuía e portava um carregador com 11 munições calibre 9mm intactos.

A defesa apelou; a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (relatora Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira) – e-STJ fls. 495/496:

*APELAÇÃO – Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 e art. 16, caput, da Lei 10.826/03, n/f do art. 69 do Código Penal. Pena: 9 anos e 3 meses de reclusão e 610 dias-multa, em regime fechado. Em patrulhamento na comunidade de Parada Angélica, policiais militares avistaram vários indivíduos, dentre eles o apelante, em um local notoriamente conhecido como ponto de venda de drogas, com predomínio da facção criminosa Comando Vermelho. Porém, ao perceberem a presença da viatura, os indivíduos, inclusive o apelante, empreenderam fuga do local. Os policiais lograram êxito em localizar o apelante e observaram que, durante a fuga, este largou um saco plástico contendo 198 cápsulas de cocaína (133 g) e portava 11 munições calibre 9mm, de uso restrito. SEM RAZÃO A DEFESA. 1) Impossível a absolvição em relação ao delito de tráfico de drogas: A materialidade e autoria restaram sobejamente demonstradas pelo conjunto probatório carreado aos autos. Restou esclarecido que acusado machucou-se por ter pulado o rio e depois o muro, tendo sido levado para atendimento médico das escoriações sobrevindas da fuga. A tese defensiva no sentido de desqualificar os*

*testemunhos dos policiais militares não merece guarida. Sumula nº 70 do TJRJ. As declarações da testemunha de defesa foram contraditórias e tendenciosas. Em diversos momentos, a testemunha afirma que o ora apelante saiu correndo quando viu os policiais, posteriormente refez sua declaração afirmando que o acusado não poderia ter saído correndo, pois usa muletas porque tem deficiência na perna. Porém, o réu compareceu em juízo sem o auxílio de muletas ou andador, o que denota sua capacidade de locomoção. Conquanto o apelante tenha negado a autoria em seu interrogatório, tal versão restou isolada, não encontrando amparo no depoimento da testemunha de defesa tampouco logrando êxito em desconstituir as provas apresentadas pela acusação. 2) Impossível a absolvição em relação ao delito de porte de arma de fogo de uso restrito. Trata-se de crime de perigo abstrato, tendo como objeto jurídico imediato à segurança pública e a paz social, bastando para configurar o delito o simples porte de munição. 3) Impossível afastar a aplicação da pena-base acima do mínimo legal. A Magistrada levou em consideração a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, diante da quantidade e da droga apreendida (198 cápsulas de cocaína), nos termos do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/06. 4) Da redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06: Restou cabalmente comprovado que o ora apelante se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes, dando conta de que ele não era traficante eventual. Impossível admitir o fato de que, em uma comunidade dominada por uma facção criminosa, traficantes autônomos, comercializassem drogas livremente pelas ruas da localidade. 5) Incabível a substituição da pena, apesar de agora possível em razão da Resolução nº 05/2012 do Senado Federal: O apelante não faz jus ao referido benefício por não preencher o requisito do inciso I, do art. 44, do CP, diante do quantum de pena aplicado. 6) Quanto à readaptação do regime: Da análise dos autos, tem-se que o regime fechado se mostra o mais adequado para atender a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeitos na hipótese de um regime mais brando. Quanto ao Prequestionamento formulado pela defesa, este se mostra injustificado, buscando somente abrir acesso aos Tribunais Superiores. DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.*

No recurso especial, a defesa apontou violação dos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal.

Sustentou a desproporcionalidade da elevação da pena-base em 1 ano e 3 meses de reclusão em razão da pequena quantidade de drogas 133g de cocaína.

Asseverou, em suma, que o réu preenchia os requisitos necessários para a aplicação da minorante na fração de 2/3, indicando a inidoneidade dos fundamentos tomados pelos julgadores no sentido de que o réu integraria organização criminosa em razão do fato de ser domiciliado em área dominada por facção.

Diante dessas considerações, requereu a Defensoria Pública o provimento do recurso para que fosse "*reduzido o quantum de aumento da pena-base oriundo da aplicação do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, adotando-se o patamar de 1/6 ou inferior, bem como para que se aplique a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo, com os devidos consectários*" (e-STJ fl. 555).

Contrarrazões às e-STJ fls. 560/574. O recurso especial não foi admitido (e-STJ fls. 576/578). A defesa interpôs agravo (e-STJ fls. 585//592) provocando a ascensão dos autos para análise nesta Corte.

A Presidência desta Casa não conheceu do agravo por intempestividade (e-STJ fls. 611/612). Inconformada, a defesa interpôs agravo interno (e-STJ fls. 623/627).

Em decisão de minha lavra, reconsiderarei a decisão recorrida e determinei o prosseguimento do julgamento abrindo vista ao Ministério Público Federal (e-STJ fls. 642/643).

Intimado a se manifestar, o *Parquet* Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial (e-STJ fls. 649/654).

É, em síntese, o relatório.

**Decido.**

**Aumento da pena-base**

Neste ponto, transcrevo os fundamentos da sentença e do acórdão, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 395 e 507/512):

Sentença:

**1- DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT. DA LEI 11.343/06**

*1º fase: reconheço como desfavoráveis as circunstancias judiciais, com fulcro no artigo 42 da lei 11.343/06, tendo em vista a considerável quantidade de entorpecente apreendido (198 cápsulas de cocaína, correspondentes a 133 gramas), de modo que fixo a pena-base em seis anos e três meses de reclusão e seiscentos dias-multa, que converto em definitiva, diante da ausência de circunstancias atenuantes ou agravantes e de causas especiais de aumento ou diminuição da pena a serem apreciadas na 2º e na 3º fase, respectivamente. Ressalto, outrossim, a inaplicabilidade da*

*causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei 11.343/06, conforme pretendido pela Defesa, eis que o réu estava em área dominada pelo Comando Vermelho na posse de grande quantidade de entorpecente (o qual descartou ao atravessar um rio da comunidade), sendo que constitui fato notório a impossibilidade de um "comércio paralelo" praticado por "autônomos" em áreas dominadas pelo tráfico. Comprovado, assim, que o réu integra organização criminosa, de modo que deve ser afastada a causa de diminuição, eis que tal situação certamente extrapola a figura do "traficante ocasional" que a lei quis privilegiar.*

Acórdão:

*3) Impossível afastar a aplicação da pena-base acima do mínimo legal.*

*Alega a defesa técnica que não subsistem razões para a fixação da pena-base nos moldes efetivados, acima do mínimo legal, notadamente em razão da quantidade e da natureza da droga, uma vez que referidos critérios podem gerar situações bastante díspares, conforme concepções pessoais de cada julgador.*

[...]

*No presente caso, a Magistrada levou em consideração a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, **diante da quantidade e da droga apreendida, além das circunstâncias do crime de tráfico ser grave e merecedor de maior reprovação**, nos termos do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei 11.343/06.*

*Insta salientar que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da pena, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.*

*Note-se que a Juíza Sentenciante exasperou a pena-base sopesando as balizas delineadas pelo artigo 42 da Lei de Drogas, **fundamentando tal exasperação em razão da vultosa quantidade de entorpecente.***

[...]

*Assim, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, pela **maior reprovabilidade da conduta do apelante e das consequências que aquela conduta delituosa gera na sociedade**, não poderia a Juíza Sentenciante ter fixado a pena-base em seu patamar mínimo como pretende a defesa.*

*Verifica-se, deste modo, que foi **plenamente justificado o aumento, sendo certo que o quantum de exasperação da pena mostra-se razoável e compatível com as peculiaridades atinentes ao presente caso.***

*Temos que o incremento da pena mostrou-se necessário, suficiente e satisfatório estando em estrita obediência aos comandos do art. 59 do CP e art. 42, da Lei 11.343/06.*

4) Da redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06:

[...]

*Pelas circunstâncias do fato delituoso, bem como pelos depoimentos carreados aos autos, restou cabalmente comprovado que o ora apelante se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes.*

*Observa-se pelas declarações dos policiais militares que, em patrulhamento na comunidade de Parada Angélica, avistaram vários indivíduos, dentre eles o apelante, em um local notoriamente conhecido como ponto de venda de drogas, com predomínio da facção criminosa Comando Vermelho.*

*Porém, ao perceberem a presença da viatura, os indivíduos, inclusive o apelante, correram do local.*

*Os policiais lograram êxito em localizar o apelante e observaram que, durante a fuga, este largou um saco plástico contendo o entorpecente apreendido.*

*Impossível admitir o fato de que, em uma comunidade dominada por uma facção criminosa, traficantes autônomos, comercializassem drogas livremente pelas ruas da localidade.*

*Note-se que, as circunstâncias da prisão, a quantidade (198 cápsulas de cocaína), a natureza e a forma de armazenamento das drogas estão a indicar que tal redução mostra-se incompatível com o agir do apelante, dando conta de que ele não era traficante eventual.*

*Diante das circunstâncias em que ocorreram a apreensão das drogas e a prisão do apelado, não se verificou a ocorrência da traficância eventual, comprovado que se dedicava à atividade de tráfico de drogas, e, desta forma, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06. (Grifei.)*

*In casu*, ambas as instâncias justificaram o aumento da pena-base em 1/4 em razão da quantidade de entorpecentes apreendidos – 133g de cocaína.

Ademais, afastaram o redutor da pena concluindo que o réu integrava organização criminosa, considerando para isso, além da quantidade de drogas apreendida, o fato de o agente ter sido surpreendido em ponto de venda de drogas dominado por facção criminosa.

Entendo que o segundo fundamento decorre de ilação genérica, desprovida de elementos concretos que apontassem o recorrente integrava a referida organização criminosa, motivo pelo qual o afasto.

Desse modo, reparem: a quantidade de estupefaciente apreendido

justificou 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.

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

Nesse palmilhar:

*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 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, relator 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 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, imperiosa a realização de nova dosimetria, devendo a quantidade de droga apreendida ser levada em consideração em apenas uma das etapas do cálculo.

Ficam prejudicados os pleitos relativos aos consectários – regime inicial de cumprimento de pena e substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro realize nova dosimetria da pena, considerando a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico, e que, após, proceda à nova análise acerca do regime inicial de cumprimento da reprimenda e da eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator