



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.268 - MG (2011/0311984-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : WENDEL FERREIRA MALAQUIAS
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA UTILIZADA NA FIXAÇÃO DA PENA BASE E NO *QUANTUM* DA REDUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Este sodalício firmou jurisprudência no sentido de que não há falar em ocorrência de *bis in idem* quando a quantidade da substância apreendida é levada em consideração tanto para a fixação da pena-base quanto para a fixação do quantum do benefício contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

2. "*Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em consideração, inclusive, o montante de droga que restou apreendido em posse do agente*" (HC 174.150/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJe 14/04/2011).

3. *In casu*, trata-se de apreensão de 1.970 g de maconha a justificar a correta a fixação do *quantum* da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em patamar diverso do máximo (1/3), resultando a pena em 5 anos e 20 dias de reclusão.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.268 - MG (2011/0311984-7)

AGRAVANTE : WENDEL FERREIRA MALAQUIAS
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por WENDEL FERREIRA MALAQUIAS contra decisão de e-STJ fls. 403/406 que deu provimento ao recurso especial ministerial para fixar sua pena em 5 anos e 20 dias de reclusão.

Observa a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, ao contrário do *decisum* agravado, que o Supremo Tribunal Federal adota entendimento acerca da ocorrência de *bis in idem* quando da consideração da quantidade de drogas na primeira e na terceira fases, razão por que, no ponto, requer sua reforma.

Subsidiariamente, requer, em *"homenagem ao princípio da proporcionalidade, a fixação de uma fração superior a 1/3 da causa de diminuição"*, (e-STJ fl. 429).

Pleiteia, pois, o provimento do agravo regimental.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.268 - MG (2011/0311984-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O presente agravo regimental não merece prosperar.

O *decisum* monocrático foi proferido nos seguintes termos, *litteris* (e-STJ fls. 403/406):

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS com fundamento na alínea a do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (e-STJ fl. 150):

APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO DE DROGAS - MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS PELOS ESCORREITOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES - CONFISSÃO VOLUNTÁRIA DO ACUSADO EVERTON - FALTA DE PROVAS DA NEGATIVA DE AUTORIA DO INCREPADO WELDEM - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI DE TÓXICOS PRESENTE - ENVOLVIMENTO DE MENORES - REVISÃO - MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - APLICABILIDADE - REGIME PRISIONAL - ABRANDAMENTO PARA O ABERTO - SUBSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE - CUSTAS - ISENÇÃO DO PAGAMENTO EM BENEFÍCIO DE WELDEM F. MALAQUIAS - RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

I - Se todas as provas são irrefutáveis, dando como certa e inquestionável a mercancia de entorpecentes por parte dos acusados, não merece reparos a sentença condenatória, hipótese que torna o pleito absolutório impossível de acolhimento.

II - Em tema de comércio clandestino de substâncias entorpecentes, os depoimentos de policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos réus têm plena validade e não podem ser desprezados por mero preconceito, sobretudo quando em harmonia com os demais elementos dos autos.

III - Caracterizado o envolvimento de menores de idade no delito praticado pelos increpados, possuindo e preparando a droga para o comércio espúrio, há de se manter in totum a majorante do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

IV - O abrandamento do regime prisional e a substituição das penas carcerárias por restritivas de direitos são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benesses compatíveis com o crime do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (e-STJ fls. 351/353).

No especial (e-STJ fls. 359/366), sustenta o recorrente violação ao art. 42 da Lei 11.343/06, diante da aplicação da minorante do art. 33, § 4º da lei em comento, na fração máxima, em desconsideração à natureza e à quantidade de drogas.

Aduz, nesse sentido, que as diretrizes do dispositivo malferido norteiam a fixação da pena, tanto na primeira quanto na terceira fases.

Requer, assim, o provimento do recurso nos termos das razões expostas.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 371/374 e 377/379).

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ fls. 381/382), o Ministério Público Federal opinou pelo provimento (e-STJ fls. 393/401).

É o relatório.

Decido.

Para melhor deslinde da controvérsia, é oportuno destacar trecho do aresto recorrido (e-STJ fls. 335/336):

*Na primeira etapa, tenho que são corretas as fixações das penas básicas comuns de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, **haja vista a grande quantidade de maconha (1.970g)** apreendida pelos milicianos na posse dos acusados e dos comparsas adolescentes, nos moldes do art. 42 da Lei de Entorpecentes.*

Contudo, na segunda etapa, por serem os réus, à época do delito, menores de vinte e um anos de idade, tenho que as sanções basilares mereciam maior atenuação.

Sendo assim, por força da atenuante do art. 65, I (1ª parte), do CP, reduzo em 1 (ano) e 100 (cem) dias-multa as reprimendas, atingindo o montante de 6 (seis) e 6 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Na terceira etapa, comprovada a existência da majorante do art. 40, VI, da Lei Antidrogas através dos escorreitos depoimentos milicianos, igual à r. sentença, aumento de 1/6 (um sexto) as penas comuns, alcançando as quantidades de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa.

Ademais, é mister reconhecer a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, porquanto os seus pressupostos estão preenchidos no vertente caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se pode obstar a concessão de tal benefício argumentando que o tráfico de drogas dos apelantes é habitual, já que esta característica é, em realidade, elemento constitutivo inerente às condutas praticadas pelos acusados.

Fixo, então, a diminuição de 2/3 das sanções provisórias, apesar da grande quantidade de maconha, uma vez que no cálculo das penas-base esta circunstância já foi usada para prejudicar os increpados. E, além disto, as condutas sociais e as personalidades de Everton e Woldem não podem ser analisadas negativamente por falta de dados concretos suficientes.

Assim, determino as penas definitivas dos réus no montante comum de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 253 (duzentos e cinquenta e três dias-multa, arbitrada a unidade em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época do crime.

Com efeito, este sodalício firmou jurisprudência no sentido de que **não há falar em ocorrência de bis in idem quando a quantidade da substância apreendida é levada em consideração tanto para a fixação da pena-base quanto para a fixação do quantum do benefício contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.**

Confira-se:

(...)

Evidencia-se, portanto, no caso concreto, o malferimento do art. 42 da Lei 11.343/06, pois desconsiderado o preceito relativo à quantidade da substância entorpecente na terceira fase de aplicação da pena.

Daí, é de se aplicar o quantum do redutor em **1/3**, tornando a pena fixada em 5 anos e 20 dias de reclusão.

Ante o exposto, a teor do art. 557, § 1º-A, do CPC c.c. 3º do CPP, **dou provimento** ao recurso especial, para afastar a ocorrência de bis in idem na valoração do art. 42 da Lei 11.343 nas primeira e terceira fases da fixação da pena e fixar a pena privativa de liberdade em 5 anos e 20 dias de reclusão.

Publique-se.

Pois bem.

Conforme asseverado no *decisum* agravado, a consideração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da substância apreendida tanto na fixação da pena-base quanto no *quantum* do benefício contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não implica ocorrência de *bis in idem*, conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior:

Confirmam-se:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM 2/3. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPEADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E AFASTAR A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR EM SEU GRAU MÁXIMO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. O artigo 42 da Lei de Drogas preleciona que na aplicação da pena-base deverá o Juiz sopesar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a quantidade e natureza da droga apreendida.

II. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em consideração, inclusive, o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Não há que se falar em bis in idem quando o Magistrado, na dosimetria da pena, considerou tal circunstância na primeira e na terceira fases de aplicação da pena, já que o montante de entorpecente apreendido foi sopesado com escopos distintos (Precedente).

V. Maiores considerações acerca do quantum de redução da pena aplicado pelas instâncias ordinária que implicariam em revolvimento do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de writ. VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 174.150/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA APENAS QUANTO À SEGUNDA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO DE SOLTURA PREJUDICADO.

1. Não obstante devidamente valoradas a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime, a obtenção de lucro fácil é circunstância inerente ao delito de tráfico de drogas, sendo certo que o aumento da reprimenda com base nesse último argumento é causa de constrangimento ilegal.

2. A redução da causa de diminuição no patamar mínimo se justifica em razão da quantidade de droga apreendida (1.733g de cocaína). De notar, consoante vem entendendo esta Corte, que "não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido" (HC nº 124.898/MS, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 29/3/2010.)

3. Havendo o reconhecimento da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ainda que afastada a valoração quanto ao motivo do crime, inviável a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

4. Transitada em julgado a condenação, decorrendo a prisão da paciente de provimento definitivo, fica prejudicado o pedido de soltura.

5. Habeas corpus julgado prejudicado em parte e concedida parcialmente a ordem para reduzir a pena imposta ao paciente na ação penal de que se cuida a 6 anos, 7 meses e 21 dias de reclusão e 650 dias-multa. (HC 120.998/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 25/10/2010)

In casu, ante a desconsideração do elemento relativo à quantidade da substância entorpecente na terceira fase de aplicação da pena pelo Tribunal de origem, evidenciada, pois a violação ao art. 42 da Lei 11.343/06, correta a fixação do *quantum* da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em patamar diverso do máximo (1/3), resultando a pena em 5 anos e 20 dias de reclusão.

Destaca-se, nesse esteira, que a reforma do *decisum* implicou na correta adequação do caso à jurisprudência firmada por esta Corte Superior.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0311984-7

AgRg no
REsp 1.298.268 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024096933734 10024096933734001 10024096933734003 24096933734
69337348520098130024

EM MESA

JULGADO: 11/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : EVERTON RIBEIRO DELFINO
ADVOGADO : LORIVALDO BATISTA CARNEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : WENDEL FERREIRA MALAQUIAS
ADVOGADO : CLÁUDIA MUZZI BRUNHARA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

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 : WENDEL FERREIRA MALAQUIAS
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.