



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.993 - SP (2011/0227642-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ITAMAR ROGERIO ALVES DE MORAES
ADVOGADO : ROBERTO BENETTI FILHO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A majoração da pena pelos maus antecedentes e o reconhecimento da reincidência, desde que com fundamento em condenações prévias e definitivas distintas, não caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.
2. Há vedação legal expressa à concessão da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas aos condenados possuidores de maus antecedentes e reincidentes.
3. A valoração dos maus antecedentes na primeira etapa da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, e da reincidência na segunda fase não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
4. Recurso provido para reconhecer as violações legais apontadas e, conseqüentemente, tornar a reprimenda do recorrido definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão e 641 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.993 - SP (2011/0227642-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : ITAMAR ROGERIO ALVES DE MORAES

ADVOGADO : ROBERTO BENETTI FILHO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 990.08.143784-8).

Alega o recorrente, além do dissídio jurisprudencial, negativa de vigência aos arts. 59 do Código Penal e 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que o legislador distingue antecedentes de reincidência, de modo que, havendo mais de uma condenação com trânsito em julgado, elas podem ser utilizadas para aumento nas duas fases distintas da dosimetria da pena.

Sustenta que, tendo sido apreendida em poder do réu, o qual ostenta maus antecedentes e é reincidente, considerável quantidade de droga, não é cabível a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Requer o provimento do recurso, para que seja mantido o agravamento da pena do recorrido pelos maus antecedentes e pela reincidência, bem como para que seja afastada a incidência da causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 330-336).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.993 - SP (2011/0227642-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A majoração da pena pelos maus antecedentes e o reconhecimento da reincidência, desde que com fundamento em condenações prévias e definitivas distintas, não caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.
2. Há vedação legal expressa à concessão da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas aos condenados possuidores de maus antecedentes e reincidentes.
3. A valoração dos maus antecedentes na primeira etapa da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, e da reincidência na segunda fase não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
4. Recurso provido para reconhecer as violações legais apontadas e, conseqüentemente, tornar a reprimenda do recorrido definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão e 641 dias-multa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de **8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão**, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 porque trazia consigo **21 g de crack e 17 g de cocaína**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico.

O Juiz de primeiro grau assim justificou a dosimetria da pena (fl. 147, destaquei):

Passo às penas. A nova Lei Antitóxicos trata o traficante com mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rigor, mas, paradoxalmente, admite, por exemplo, o benefício do § 4º do art. 33. Ou seja, é possível a redução de sua pena, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre facção criminosa. Aqui, o acusado é reincidente, não sendo possível a aplicação do benefício em questão. Em relação à pena do tráfico, a quantidade de droga apreendida (que permitiria a confecção de várias porções) e os efeitos deletérios da cocaína e do crack exigem que a reprimenda, no primeiro passo do critério trifásico, seja fixada acima do mínimo, ilação extraída do art. 42 da Lei 11.343/06. Além da previsão legal, o STJ já dizia que "a elevada quantidade e a qualidade da droga apreendida devem ser consideradas na fixação da resposta penal" (STJ - HC n. 19.508/RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU de 29.04.2002). Na primeira fase, **fixo a pena-base 1/3 acima do mínimo, ou seja, 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, porque o réu ostenta maus antecedentes (vide fls. 65, 69 e 80/82) e também levando em consideração a natureza da droga e as várias porções apreendidas, com enorme risco à saúde pública. Na segunda, com a reincidência (fls. 79), elevo a pena em outro 1/3, atingindo 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 888 dias-multa.** Na terceira etapa, sem causas modificadoras, torno-a definitiva em 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 888 dias-multa, calculada a unidade no piso, porque parcas as informações acerca da situação econômica do acusado. Quero consignar que a Súmula 241 do Colendo STJ impede ser a reincidência considerada, simultaneamente, circunstância judicial e agravante, bis in idem não cometido no caso em apreço. A condenação que caracterizou a reincidência não foi usada no primeiro passo do critério trifásico.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem, por maioria, dado parcial provimento a fim reduzir a pena do recorrido para 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais multa, pelos seguintes fundamentos (fl. 229):

Mas a pena deve ser redimensionada, pois o digno juiz sentenciante incorreu em "bis in idem" ao majorar duplamente a sanção, com base nos maus antecedentes e na reincidência, com o que contrariou o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 241, do Superior Tribunal de Justiça.

Nada importa que uma condenação tenha sido invocada para confirmar a reincidência e outra os maus antecedentes, pois estes, na verdade, integram aquela. Esta a razão de ser do entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretoriano.

Reduzido o acréscimo a 1/6, a pena se concretiza em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias/multa. A douta maioria, no entanto, resolveu dar provimento em maior extensão, reconhecendo a existência de "bis in idem" na majoração da sanção e não aplicação da causa de redução de pena, consoante voto do digno Des. Revisor.

O réu é reincidente e ostenta maus antecedentes, sinal característico de quem se dedica com afincamento às atividades criminosas. Não faz jus a redução da pena, como preconizado no § 4º, do art. 33, da atual Lei de Drogas.

Quanto à aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ficou vencido o relator, tendo sido declarado vencedor o revisor, que votou nestes termos (fls. 231-232):

A Turma Julgadora, após reconhecer a reincidência, negou a aplicação do disposto no § 4º do artigo 33 da Lei no 11.343/06 por ser o acusado reincidente.

A reincidência, em razão desse fato, está sendo utilizada, por duas vezes, na dosimetria da pena. Ela foi usada para aumentar a pena e, em seguida, para impedir redução da reprimenda.

Se a reincidência, quando se trata de aplicação de pena pela violação do artigo 33 da Lei no 11.343/06, é aplicada para aumentar a pena e para impedir a aplicação do redutor estabelecido pelo § 4º do artigo 33 da Lei no 11.343/06, o *bis in idem* não pode ser negado. É que um único fato (reincidência) é aplicado duas vezes para agravar a pena imposta ao acusado. Ela agrava com o aumento da pena-base e agrava impedindo redução da reprimenda.

Em razão desse fato, a causa de aumento da pena (reincidência) é de ser compensada com a causa de redução da pena (reincidência), levando a pena para o patamar mínimo. Somente com a compensação é que se pode evitar o *bis in idem*.

Reduzo, em razão desse fato, a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Opostos embargos declaratórios, esses foram rejeitados pelos seguintes argumentos (fls. 246-247):

O juiz sentenciante, na primeira fase da dosimetria, aumentou a pena em 1/3 em razão dos maus antecedentes, natureza da droga e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de porções apreendidas, colocando em risco a saúde pública. Em seguida exasperou a reprimenda em outro 1/3 pela reincidência, justificando que o segundo acréscimo não caracterizava "bis in idem" porque a condenação invocada para fins de reincidência não foi levada em consideração para efeitos de maus antecedentes.

Esta Relatoria refutou o primeiro acréscimo ao argumento de que caracterizaria "bis in idem" o aumento por maus antecedentes e reincidência, a rigor no disposto na Súmula 241, do Superior Tribunal de Justiça, consignando pouco importar que uma condenação tenha sido invocada para confirmar a reincidência e outra, os maus antecedentes, posto que estes integram aquela. Nesse ponto, não há que se falar em omissão.

No mais, embora não refutados todos os argumentos utilizados pelo Magistrado "a quo" para exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria, o acréscimo de 1/3 também foi afastado porque as circunstâncias invocadas (quantidade e natureza da droga, e seus efeitos deletérios) não justificam a exasperação; e a quantidade de droga, apesar de considerável, não é de tamanha monta a autorizar o aumento da básica. O mesmo se diga da sua natureza e seus efeitos deletérios, argumentos genéricos e que carecem de concretude.

Por fim, o D. Desembargador Revisor, acompanhado pelo 3º Juiz, entendeu ser caso de compensar a causa de aumento prevista no parágrafo § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, com a reincidência a fim de se evitar "bis in idem", posto que a circunstância agravante da reincidência, além de exasperar a reprimenda, também impede que o condenado seja beneficiado com a causa especial de redução, sendo duplamente penalizado pelo mesmo fato.

II. A pena-base do crime de tráfico de drogas

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta em relação ao delito de **tráfico de drogas**, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se 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 Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Dos trechos anteriormente transcritos, constato que o Juiz sentenciante considerou desfavoráveis os antecedentes, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas. O Tribunal de origem, por sua vez, afastou a valoração desfavorável de todas as vetoriais e fixou a pena-base no mínimo legal.

Em princípio, quanto à natureza e à quantidade de drogas apreendidas consideradas pelo Juiz de primeiro grau e afastada pelo Tribunal *a quo*, observo que, por não haver recurso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, deixo de analisar esse ponto.

No que tange aos **antecedentes**, destaco que o recorrido ostenta seis condenações transitadas em julgado, tendo o Juiz sentenciante considerado cinco delas para atestar os maus antecedentes (fls. 73, 77, 88-90) e uma delas para comprovar a reincidência (fl. 87).

Com efeito, conforme jurisprudência deste Superior Tribunal, a majoração da pena pelos maus antecedentes e o reconhecimento da reincidência, desde que com fundamento em condenações prévias e definitivas distintas, não caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*. Em verdade, fatos diversos foram valorados em etapas distintas da pena, para adequar a lei à realidade dos fatos, com o fim de que seja justa e adequada à repressão e à prevenção do crime.

Nesse sentido: "ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo da pena" (HC n. 194.234/SP, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T.,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 10/10/2014).

Ilustrativamente:

[...]

2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que não configura *bis in idem* a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e aplicação da agravante da reincidência. Na espécie, o Colegiado estadual destacou que o paciente é plurirreincidente, sendo **plenamente possível que algumas de suas condenações definitivas sejam utilizadas para o juízo negativo dos antecedentes, enquanto outras sejam invocadas para fins de reincidência [...]** (HC n. 288.415/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 15/12/2014).

[...]

3. É possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência. Verificada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes.

Reincidência [...] (HC n. 269.634/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 20/6/2014).

Dessa forma, tendo o Tribunal de origem afastado a desfavorabilidade dos antecedentes do réu, deve a reprimenda-base ser majorada para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 555 dias-multa. Registro que estou mantendo a mesma proporção utilizada pelo Juiz sentenciante.

III. A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

No que se refere ao pretendido afastamento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também assiste razão ao Ministério Público. Isso porque, há vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos condenados possuidores de **maus antecedentes e reincidentes**.

A propósito, confira-se:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja **primário**, de **bons antecedentes**, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Apenas ressalto que, consoante reiterada jurisprudência, a **valoração dos maus antecedentes na primeira etapa da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, e da reincidência na segunda fase não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**, porquanto o referido instituto jurídico é sopesado com finalidades distintas em cada fase de fixação da pena, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e prevenção do delito perpetrado.

Além disso, conforme jurisprudência deste Superior Tribunal, "Não caracteriza *bis in idem* a utilização da reincidência pelo Juiz sentenciante para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e para agravar a pena, ante previsão legal." (HC n. 190.826/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 25/4/2013).

Tal posicionamento também é o adotado pela Suprema Corte, conforme consta do voto de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, *in verbis*: "Não caracteriza *bis in idem* a consideração da reincidência para fins de majoração da pena-base e como fundamento para a negativa de concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, ostente bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." (HC n. 107.274/MS, **Primeira Turma**, DJe 25/4/2011).

Assim, deve ser afastada a incidência da minorante em questão.

IV. Nova dosimetria

Constatadas as violações legais, passo à readequação da pena, considerando que a reprimenda-base do recorrido ficou estabelecida, ante os fundamentos que declinei, em 5 anos, 6 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes. Presente a agravante da reincidência, a pena deve ser majorada em 1/6, de modo que fixo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a reprimenda em 6 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 641 dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição e de aumento, razão pela qual torno a reprimenda definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 641 dias-multa.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento** ao recurso especial, para reconhecer as violações legais apontadas e, consequentemente, tornar a reprimenda do recorrido definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão e 641 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0227642-0

REsp 1.280.993 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000693892008260038 212008 693892008260038 990081437848

PAUTA: 19/04/2016

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ITAMAR ROGERIO ALVES DE MORAES
ADVOGADO : ROBERTO BENETTI FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.