

03/04/2014

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
666.334 AMAZONAS**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : ALDINEY FERREIRA FREITAS
ADV.(A/S) : FREDERICO GUSTAVO TÁVORA
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
AMAZONAS

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.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

03/04/2014

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
666.334 AMAZONAS**

MANIFESTAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

No caso, o recorrente foi preso em flagrante no dia 11.7.2008, na Avenida Brasil, situada na cidade de Manaus/AM, por portar, sem autorização legal, 162,57g de cocaína.

Por esse motivo, foi condenado, em primeira instância, à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 460 dias-multa pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06).

A defesa interpôs recurso de apelação (fls. 184-191) perante o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao qual foi negado provimento nos termos da seguinte ementa:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.343/06. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. EXCESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

I - Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pelos Laudos Periciais e depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante.

II Os testemunhos de policiais revestem-se de credibilidade por ostentarem presunção de veracidade. Ademais, estão harmonizados entre si, possuem compatibilidade com as demais provas dos autos, inexistindo

ARE 666334 RG / AM

qualquer indicativo de que os policiais estariam propositadamente imputando conduta delituosa ao apelante.

III Paciente flagrado em poder de excessiva quantidade de entorpecente.

Recurso conhecido e improvido, em consonância com o parecer do Ministério Público". (fl. 207)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, alega-se, preliminarmente, a repercussão geral da matéria em discussão. No mérito, o recorrente sustenta que o acórdão impugnado teria violado o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, CF).

Aduz a desproporcionalidade na fixação da pena-base, uma vez que teria sido majorada muito acima do mínimo legal apenas em virtude da quantidade e da qualidade da droga apreendida, haja vista a inexistência de qualquer outra circunstância judicial desfavorável.

Sustenta ainda a ocorrência de *bis in idem*, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida teriam sido valoradas tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, por ocasião da aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 1/3.

O Ministério Público do Estado do Amazonas apresentou contrarrazões às fls. 238-251.

O Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso extraordinário, aos fundamentos de ausência de prequestionamento e de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional (fls. 253-256).

Contra referida decisão de inadmissibilidade foi interposto agravo, que repisa a tese exposta no recurso extraordinário.

ARE 666334 RG / AM

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do agravo, em parecer ementado nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA CAUSA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 356 DO STF.

- Parecer pelo improvimento do recurso”. (fl. 290)

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto a matéria à análise de repercussão geral, tendo em vista que a discussão possui relevância do ponto de vista jurídico e ultrapassa os interesses subjetivos das partes, já que a orientação firmada por esta Corte balizará a fixação da pena em todos os casos de condenação por tráfico de drogas em que se levam em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida.

A questão constitucional discutida nos autos diz respeito à possibilidade de se considerar a quantidade e a qualidade da droga apreendida tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

No caso, o Juízo da 3ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus/AM realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos:

“Em análise à regra fixada pelo art. 59 do CP e 42 da Lei 11.343/06, verifico que o réu agiu com culpabilidade própria à espécie, a valorar a natureza e a quantidade da droga

ARE 666334 RG / AM

apreendida; segundo a prova dos autos o Réu não é detentor de maus antecedentes (fls. 94), segundo a ótica da súmula n. 444 do E. STJ, não sendo possível colher dados acerca da sua conduta social; poucos elementos foram coletados a permitir um juízo de valor quanto a sua personalidade; o motivo do delito é o próprio do tipo, sendo que as circunstâncias se encontram relatadas nos autos, nada havendo que possa merecer destaque; as consequências entendo como graves, sendo desnecessário tecer comentários aos danos à saúde pública e, por via oblíqua, dos dissabores que seriam causados às famílias que padecem com os problemas gerados pelo uso de droga por um de seus membros, que em sua maioria são pessoas jovens, as quais dificilmente conseguem escapar da dependência física ou psíquica.

Com base no estudo destes elementos, os quais foram analisados individualmente, atribuindo-se a cada um o seu devido peso, e, em especial, a quantidade de droga apreendida, autorizam a fixação da pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Não há agravante e atenuante. Sem causas de aumento de pena.

Reconheço o preenchimento dos requisitos da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aplicando-a na fração de 1/3 (um terço), em razão da natureza e quantidade de droga apreendida.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, fixo a pena concreta e definitiva ao réu Aldiney Ferreira Freitas em 4 (quatro) anos e 8 (oito meses) de reclusão, e 460 (quatrocentos e sessenta) dias-multa, sendo cada um fixado no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo, devendo a pena imposta ao réu ser cumprida inicialmente em regime fechado". (fls. 164-165) (Grifei)

Ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas manteve a sentença por seus próprios fundamentos.

ARE 666334 RG / AM

Cumpre destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.

Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao *bis in idem*.

No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte.

Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para determinar ao Juízo da 3ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena, observando o entendimento firmado pelo STF.

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
666.334 AMAZONAS**

PRONUNCIAMENTO

**RECURSOS ESPECIAL E
EXTRAORDINÁRIO –
SIMULTANEIDADE – AUSÊNCIA DE
ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

**AGRAVO E RECURSO
EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS –
REPERCUSSÃO GERAL –
ESVAZIAMENTO.**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
MATÉRIA CONSTITUCIONAL –
AUSÊNCIA DE
PREQUESTIONAMENTO.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 666.334/AM, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 14 de março de 2014.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao negar provimento à apelação, consignou estarem comprovadas a autoria e a materialidade do delito tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 bem como ressaltou não haver qualquer irregularidade na dosimetria da pena.

ARE 666334 RG / AM

Não houve a interposição de embargos de declaração.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente argui desrespeito ao artigo 5º, inciso XLVI, da Carta da República. Insurge-se contra a dosimetria da pena, ressaltando que o Juízo de origem majorou a pena-base de maneira desproporcional, em virtude da quantidade de drogas apreendida, embora tenha aduzido serem favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Aponta a ocorrência de *bis in idem* na fixação da reprimenda, porque o volume de entorpecentes também foi valorado no exame da concessão do benefício instituído pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Requer a redução da pena-base ao mínimo legal e o implemento do benefício na fração máxima. Ante a eventual diminuição da pena privativa de liberdade, pleiteia a conversão em restritiva de direito.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, sendo relevante do ponto de vista jurídico.

O Ministério Público do Estado do Amazonas, nas contrarrazões, assinala a ausência de demonstração da repercussão geral da matéria em debate no recurso, a falta de prequestionamento e a impossibilidade de exame de questão infraconstitucional. No mérito, salienta que, nos casos de tráfico ilícito de entorpecente, a fixação da pena deve observar, além do disposto no artigo 59 do Código Penal, o preceituado no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, o qual estabelece serem a quantidade e a natureza da droga suficientes para a exasperação da pena-base. Quanto à diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, entende correta a aplicação no patamar assentado.

ARE 666334 RG / AM

O extraordinário não foi admitido na origem em face da inexistência de prequestionamento e ofensa reflexa à Constituição Federal. Seguiu-se a interposição de agravo, no qual defendido o cabimento do extraordinário e reiterados os argumentos veiculados no recurso. Na contraminuta, anotou-se o acerto da decisão agravada.

A Procuradoria Geral da República, em parecer, opina pelo desprovimento do recurso. Diz da ausência de repercussão geral e de prequestionamento do tema.

Destaco constar da presente repercussão geral questão relativa à reafirmação da jurisprudência do Supremo, tendo o relator dado provimento ao agravo e ao extraordinário para determinar ao Juízo que proceda a nova dosimetria da pena, observando que a natureza e a quantidade de droga apreendida sejam levadas em consideração somente em uma das fases do cálculo da pena.

Anoto que, segundo acompanhamento processual obtido no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, o agravo em recurso especial interposto ainda aguarda julgamento, estando concluso ao ministro relator com parecer da Procuradoria Geral da República.

Eis o pronunciamento do ministro Gilmar Mendes:

Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

No caso, o recorrente foi preso em flagrante no dia 11.7.2008, na Avenida Brasil, situada na cidade de Manaus/AM, por portar, sem autorização legal, 162,57g de cocaína.

ARE 666334 RG / AM

Por esse motivo, foi condenado, em primeira instância, à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 460 dias-multa pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06).

A defesa interpôs recurso de apelação (fls. 184-191) perante o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao qual foi negado provimento nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.343/06. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. EXCESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

I - Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pelos Laudos Periciais e depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante.

II Os testemunhos de policiais revestem-se de credibilidade por ostentarem presunção de veracidade. Ademais, estão harmonizados entre si, possuem compatibilidade com as demais provas dos autos, inexistindo qualquer indicativo de que os policiais estariam propositadamente imputando conduta delituosa ao apelante.

III Paciente flagrado em poder de excessiva quantidade de entorpecente.

Recurso conhecido e improvido, em consonância com o parecer do Ministério Público. (fl. 207)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se, preliminarmente, a repercussão geral da matéria

ARE 666334 RG / AM

em discussão. No mérito, o recorrente sustenta que o acórdão impugnado teria violado o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, CF).

Aduz a desproporcionalidade na fixação da pena-base, uma vez que que teria sido majorada muito acima do mínimo legal apenas em virtude da quantidade e da qualidade da droga apreendida, haja vista a inexistência de qualquer outra circunstância judicial desfavorável.

Sustenta ainda a ocorrência de bis in idem, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida teriam sido valoradas tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, por ocasião da aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 1/3.

O Ministério Público do Estado do Amazonas apresentou contrarrazões às fls. 238-251.

O Tribunal a quo inadmitiu o recurso extraordinário, aos fundamentos de ausência de prequestionamento e de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional (fls. 253-256).

Contra referida decisão de inadmissibilidade foi interposto agravo, que repisa a tese exposta no recurso extraordinário.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do agravo, em parecer ementado nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA

ARE 666334 RG / AM

CAUSA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 356 DO STF.

- Parecer pelo improvimento do recurso. (fl. 290)

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto a matéria à análise de repercussão geral, tendo em vista que a discussão possui relevância do ponto de vista jurídico e ultrapassa os interesses subjetivos das partes, já que a orientação firmada por esta Corte balizará a fixação da pena em todos os casos de condenação por tráfico de drogas em que se leva em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida.

A questão constitucional discutida nos autos diz respeito à possibilidade de se levar em consideração a quantidade e a qualidade da droga apreendida tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

No caso, o Juízo da 3ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus/AM realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos:

Em análise à regra fixada pelo art. 59 do CP e 42 da Lei 11.343/06, verifico que o réu agiu com culpabilidade própria à espécie, a valorar a natureza e a quantidade da droga apreendida; segundo a

ARE 666334 RG / AM

prova dos autos o Réu não é detentor de maus antecedentes (fls. 94), segundo a ótica da súmula n. 444 do E. STJ, não sendo possível colher dados acerca da sua conduta social; poucos elementos foram coletados a permitir um juízo de valor quanto a sua personalidade; o motivo do delito é o próprio do tipo, sendo que as circunstâncias se encontram relatadas nos autos, nada havendo que possa merecer destaque; as consequências entendo como graves, sendo desnecessário tecer comentários aos danos à saúde pública e, por via oblíqua, dos dissabores que seriam causados às famílias que padecem com os problemas gerados pelo uso de droga por um de seus membros, que em sua maioria são pessoas jovens, as quais dificilmente conseguem escapar da dependência física ou psíquica.

Com base no estudo destes elementos, os quais foram analisados individualmente, atribuindo-se a cada um o seu devido peso, e, em especial, a quantidade de droga apreendida, autorizam a fixação da pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Não há agravante e atenuante. Sem causas de aumento de pena.

Reconheço o preenchimento dos requisitos da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aplicando-a na fração de 1/3 (um terço), em razão da natureza e quantidade de droga apreendida.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, fixo a pena concreta e definitiva ao réu Aldiney Ferreira Freitas em 4 (quatro) anos e 8 (oito meses) de reclusão, e 460 (quatrocentos e sessenta) dias-multa, sendo cada um fixado no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo, devendo a pena imposta ao réu ser cumprida

ARE 666334 RG / AM

inicialmente em regime fechado. (fls. 164-165).

Ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas manteve a sentença por seus próprios fundamentos.

Cumprido destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.

Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem.

No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte.

Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou

ARE 666334 RG / AM

provimento ao recurso extraordinário para determinar ao Juízo da 3ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena, observando o entendimento firmado pelo STF.

2. Inicialmente, atente para a organicidade e a dinâmica do Direito. Interpostos simultaneamente o especial e o extraordinário, há de aguardar-se o esgotamento da jurisdição no Superior Tribunal de Justiça, exceto quando se tenha capítulo autônomo na decisão formalizada sob o ângulo estritamente constitucional.

No mais, o relator não só proveu o agravo como também o recurso extraordinário, determinando, de imediato, que o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas proceda “a nova dosimetria da pena, observando o entendimento firmado no Supremo”. Então, a esta altura, a repercussão geral encontra-se esvaziada.

De qualquer forma, o acórdão recorrido não revela adoção de óptica à luz da Carta da República. Diz-se estar prequestionada certa matéria quando o órgão de origem pronuncia-se explicitamente a respeito da questão.

3. Manifesto-me no sentido da inadequação do tema.

4. Publiquem.

Brasília – residência –, 1º de abril de 2014.

Ministro MARCO AURÉLIO