



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.600.819 - MS
(2019/0305458-2)**

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ALEXANDRE REIS RIBEIRO DA SILVA
ADVOGADOS : TIAGO VINICIUS RUFINO MARTINHO - MS014135
EDMILSON CARLOS ROMANINI FILHO - MS020894
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO JUSTIFICADO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do ARE n. 666.334/AM, veda a valoração concomitante da quantidade e da natureza da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*, tão somente quando tais vetores são utilizados para elevar a pena-base e para definir a fração de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Portanto, não ocorre o duplo apenamento no cálculo penal, se as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de drogas justificam simultaneamente a exasperação da sanção inicial e o afastamento da causa especial de diminuição, aliadas ao caso concreto que demonstram a dedicação à atividade criminosa.

2. Considerando os limites máximo e mínimo previstos no preceito secundário do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (mínimo de 5 anos e máximo de 15 anos), o aumento da pena-base em 2 (dois) anos em razão de uma circunstância judicial devidamente fundamentada e preponderante em relação às demais (natureza e quantidade de droga), não se revela desproporcional ou excessivo.

3. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento – para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa – exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão, diante da natureza e quantidade da droga apreendida, a teor do art. 33, § § 2º e 3º, "a", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Agrado regimental não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.600.819 - MS
(2019/0305458-2)**

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **ALEXANDRE REIS RIBEIRO DA SILVA**
ADVOGADOS : **TIAGO VINICIUS RUFINO MARTINHO - MS014135**
: **EDMILSON CARLOS ROMANINI FILHO - MS020894**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **ALEXANDRE REIS RIBEIRO DA SILVA** contra decisão desta Relatoria, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

A defesa sustenta que "o presente Apelo Raro se insurge quanto a legalidade do Acórdão do Tribunal *a quo*, isso porquê, conforme se observa do citado Acórdão, bem como também cristalizado na Decisão ora agravada, tem-se manifesto *bis in idem*, vez que se deu a exasperação de pena e a não aplicação da forma privilegiada com fulcro na quantidade de entorpecentes" (e-STJ, fl. 838).

Aduz que "a reforma do Acórdão se faz através do exame de legalidade da decisão, e sua adequação à jurisprudência consolidada desta Corte, uma vez que manifesta a negativa de vigência do § 4º do art. 33, Lei 11.343/06, sendo desnecessária a incursão em fatos e provas" (e-STJ, fls. 840-841).

Insurge-se com a majoração da pena-base, ao argumento de que 18 kg de cocaína é uma quantidade "pouco expressiva", não se justificando o incremento da reprimenda básica em 2/5 acima do mínimo legal, considerando a avaliação negativa de apenas uma circunstância judicial.

Assevera, ainda, "que o Agravante é primário, de bons antecedentes, não havendo qualquer circunstância judicial exasperada em seu desfavor, a não ser a quantidade e natureza do entorpecente, o que, por si só, não deve resultar em regime inicial de cumprimento mais gravoso, afinal, em nada reflete na culpabilidade, na personalidade ou na conduta do agente" (e-STJ, fl. 848).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao crivo deste órgão colegiado para que o recurso especial seja provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.600.819 - MS
(2019/0305458-2)**

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ALEXANDRE REIS RIBEIRO DA SILVA
ADVOGADOS : TIAGO VINICIUS RUFINO MARTINHO - MS014135
EDMILSON CARLOS ROMANINI FILHO - MS020894
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO JUSTIFICADO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do ARE n. 666.334/AM, veda a valoração concomitante da quantidade e da natureza da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*, tão somente quanto tais vetores são utilizados para elevar a pena-base e para definir a fração de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Portanto, não ocorre o duplo apenamento no cálculo penal, se as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de drogas justificam simultaneamente a exasperação da sanção inicial e o afastamento da causa especial de diminuição, aliadas ao caso concreto que demonstram a dedicação à atividade criminosa.

2. Considerando os limites máximo e mínimo previstos no preceito secundário do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (mínimo de 5 anos e máximo de 15 anos), o aumento da pena-base em 2 (dois) anos em razão de uma circunstância judicial devidamente fundamentada e preponderante em relação às demais (natureza e quantidade de droga), não se revela desproporcional ou excessivo.

3. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento – para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa – exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão, diante da natureza e quantidade da droga apreendida, a teor do art. 33, § 2º e 3º, "a", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Agrado regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, estes não possuem o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada.

O Tribunal *a quo* enfrentou os temas controvertidos explanados nas razões do recurso especial, com a seguinte fundamentação:

"Por oportuno, registro que, embora o réu seja primário e de bons antecedentes (p. 529-520), o conjunto probatório revela que ele não preenche os demais requisitos da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Como é cediço, a minorante tem raízes em questões de política criminal, surgindo em prol do pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

Para sua aferição, devem ser minuciosamente analisadas as circunstâncias concretas decorrentes do flagrante, pois poderão evidenciar o maior envolvimento do indivíduo com o tráfico, trazendo mais segurança ao julgador.

No caso, conforme já destacado no tópico anterior, o apelante adquiriu 18,5 kg de cocaína, quantidade expressiva de droga, o que evidencia a sua alta capacidade de distribuição na cidade de Três Lagoas – MS, para onde se destinava o entorpecente.

Não bastasse, o apelante agiu a mando ou em conluio de interno de presídio de segurança máxima, com um mínimo de organização e planejamento, haja vista o altíssimo valor de mercado do entorpecente no mercado brasileiro e o elevado montante em dinheiro que entregou em mãos como pagamento aos corréus, a revelar que, ou é um dos donos da carga ou alguém que tinha certa confiança e vínculo com os donos.

Considerando, assim, o expressivo volume de entorpecente, a alta renda que seria obtida e o *modus operandi* utilizado para a prática do tráfico de drogas, dúvida não resta de que se dedica a atividade criminosa e integrara, ainda que eventualmente, organização criminosa.

Ora, referida logística não se compadece com a figura do "traficante de primeira viagem" ou "do aventureiro do tráfico", indivíduos que se dispõem a praticar o tráfico de forma absolutamente precária e rudimentar, sob a promessa de módica remuneração.

Em casos similares, assim manifesta-se esta e. Corte de Justiça:

"E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO EVENTUAL – ACOLHIMENTO – REVOGAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – ATENDIMENTO – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O FECHADO – ACOLHIMENTO PARCIAL – FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Na hipótese em apreço, o apelante foi preso em flagrante, pois transportava a quantidade de 30 kg (trinta quilos) de "maconha", devidamente escondida em uma mala no bagageiro do ônibus. Como se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vê a grande quantidade de drogas, o valor significativo em dinheiro que o apelante iria auferir com o sucesso da empreitada criminoso (R\$ 4.500,00 reais), o transporte da droga que seria feito para outro Estado, e o *modus operandi* são elementos que, somados às demais provas, levam à conclusão de que o réu integrava organização criminoso. Ora, a referida logística não se compadece com a figura do traficante de primeira viagem ou do aventureiro do tráfico, porquanto são circunstâncias indicativas do refinamento e requinte para a prática do tráfico de drogas. 2- Não há falar em substituição da pena, haja vista que não estão preenchidas as condições do art. 44, incisos I, do CP. 3- O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o intermediário (semiaberto), pois o acusado não é reincidente e foi condenado à pena superior a 4 (quatro) anos, mas que não excede a 8 (oito) anos, nos moldes do art. 33, §2º, alínea "b" do CP. Ademais, a quantidade significativa de entorpecentes deve ser levada em consideração nesse momento para fixação de regime mais gravoso que o aberto. 4- Recurso parcialmente provido." (TJMS. Apelação n. 0001609-19.2011.8.12.0003, Bela Vista, 3ª Câmara Criminal, de minha relatoria, j: 01/03/2018, p: 02/03/2018)

"(...) A causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminoso. Restando comprovado que o réu, de forma habitual ou não, integrava esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, participando como transportador de grande quantidade da droga, não é possível a aplicação da referida minorante, cuja mens legis é alcançar aqueles pequenos transportadores ou guardadores de drogas, circunstâncias diversas da vivenciada nos autos. (...)." (TJMS. Apelação n. 0000655-24.2014.8.12.0049, Agua Clara, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 31/08/2015, p: 10/09/2015)

Nesse prospecto, frente ao não atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, impossível o reconhecimento da referida minorante.

DA DOSIMETRIA DA PENA

Na primeira fase, em atenção aos critérios do art. 59 do CP, verifica-se que a culpabilidade não exorbita ao ordinário. À luz do que dispõe a Súmula n. 444 do c. STJ, o réu não possui antecedentes criminais e, a respeito de sua conduta e personalidade, há nos autos elementos que a desabonem. Os motivos são comuns ao delito; as circunstâncias do crime não desbordam da normalidade; as consequências não excedem ao comum; o comportamento da vítima em nada contribuiu para ocorrência do delito; a natureza da droga, por se tratar de cocaína, extrapola o tipo penal, pois é uma das espécies de maior lesividade à saúde e de maior potencial ofensivo; a quantidade também é desabonadora, pois suficiente para atingir um número incontáveis de pessoas.

Ressalte-se que é descabida a pretensão do réu de se livrar da pena de multa, vez que esta é cumulativa a pena privativa de liberdade cominada ao crime de tráfico, consoante inteligência do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, não sendo possível afastar condenação prevista em norma cogente.

Diante disso, fixo a pena-base no mínimo legal de 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, montante suficiente e necessário para a reprovação e prevenção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime.

Na fase intermediária, não vislumbro a presença de circunstâncias agravantes, porém, sendo o apelante menor de 21 anos na data do crime (nascido em 17/04/1995, p. 126) é impositivo o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, o que faço no patamar de 1/6, levando a reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Por oportuno, saliento que não há se falar em atenuante do art. 65, III, "d", do CP, pois o apelante não confessou o crime em nenhuma das fases da persecução penal.

Na última fase, não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, motivo pelo qual a pena resta definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Em face da ausência de comprovação da situação econômica do réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos.

Conquanto o apelante seja primário e a pena de reclusão seja superior a 4 anos e não exceda a 8 anos, considero o regime inicial fechado como adequado para a reprovação do delito, tendo em vista as circunstâncias judiciais acentuadamente desabonadoras, quais seja, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/06.

Diante do quantum da reprimenda privativa de liberdade, são incabíveis, por ausência de requisito objetivo, a substituição da pena e suspensão condicional da pena" (e-STJ, fls. 661-663).

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 percuciente 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 da pena.

Sobre o tema, vale lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do ARE n. 666.334/AM, veda a valoração concomitante da quantidade e da natureza da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*, tão somente quanto tais vetores são utilizados para elevar a pena-base e para definir a fração de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Portanto, não ocorre o duplo apenamento no cálculo penal, se as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de drogas justificam simultaneamente a exasperação da sanção inicial e o afastamento da causa especial de diminuição, aliadas ao caso concreto que demonstram a dedicação à atividade criminosa.

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. CARACTERIZAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. MOTIVAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na espécie, a reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.

3. 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.

4. Hipótese em que a natureza e a quantidade de droga foram utilizadas para majorar a pena-base e o afastamento da causa especial de diminuição da pena se deu pelos elementos caracterizadores da traficância, pois foram levados em consideração elementos concretos para a conclusão de que o réu se dedica à atividade criminosa, tais como os altos valores de dinheiro em espécie utilizados para aquisição das drogas, motivo pelo qual não há que se falar em *bis in idem*.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1679476/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (10 Kg DE CONCAÍNA). DEDICAÇÃO DOS RÉUS À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *In casu*, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "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" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

2. Para se acolher a tese de que as agravantes não integram organização criminosa, bem como não se dedicam a atividades criminosas, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1484961/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A elevada quantidade de drogas apreendidas - 2.774,0 g de cocaína - justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
 2. Não há violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois foram apontados elementos concretos que indicam a integração da agravante em organização criminosa, estruturada especialmente para o narcotráfico.
 3. Para afastar a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.
 4. Embora, na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem haja feito breve menção à quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, não há falar em *bis in idem*, porquanto foram apontados diversos outros elementos que evidenciam a integração da agravante em organização criminosa e, por conseguinte, impedem a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
 5. Não obstante a recorrente haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal), os elementos que evidenciaram a sua integração em organização criminosa, bem como a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em contexto de tráfico transnacional, justificam, a toda evidência, a necessidade de fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
 6. Agravo regimental não provido."
- (AgRg no AREsp 869.365/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

In casu, verifica-se que a Corte de origem sopesou validamente a grande quantidade e a diversidade das drogas apreendidas **(18,5 kg de cocaína - e-STJ, fl. 661)** na primeira etapa da dosimetria penal, para exasperar a pena-base, e na terceira fase, para justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que indicam a dedicação do agravante a atividade criminosa, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Inexistindo, portanto, violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Ademais, considerando os limites máximo e mínimo previstos no preceito secundário do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (mínimo de 5 anos e máximo de 15 anos), o aumento da pena-base em 2 (dois) anos em razão de uma circunstância judicial devidamente fundamentada e preponderante em relação às demais (natureza e quantidade de droga), não se revela desproporcional ou excessivo.

Com efeito, importa destacar que os critérios adotados pela jurisprudência e pela doutrina, diante do silêncio do legislador em estabelecer critérios para o aumento da pena-base, são meramente indicativos e não vinculantes, sendo possível, teoricamente, estabelecer a pena-base no patamar máximo com fundamento em apenas uma circunstância judicial desabonadora.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

IV - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).

[...]."

(AgInt no HC 451.423/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, não evidenciada nenhuma discrepância ou arbitrariedade na exasperação efetivada na primeira fase da dosimetria, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada (AgRg no HC 343.128/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016).

2. O aumento da pena-base em 5 anos pela grande quantidade de entorpecente apreendido não revela patente desproporcionalidade, tendo em vista as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de 5 a 15 anos.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1721561/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018).

Concluído pelo Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, que o recorrente se dedica ao tráfico de drogas, diante da quantidade de droga apreendida - 18,5 kg de cocaína - bem como pelo *modus operandi* no cometimento do delito. Assim, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

Confiram-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (24.812,4 G DE MACONHA). ARTS. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006; E 33 DO CP. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO RECONHECIMENTO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS IDONEAMENTE JUSTIFICADA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPROCEDÊNCIA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PENA DEFINITIVA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 3º, DO CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Não se desconhece que, para jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade de droga apreendida, isoladamente considerada, não tem o condão de vedar a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, esse não é o caso dos autos.

2. Conforme disposto na decisão agravada e referido pelo Juízo sentenciante, na decisão de fls. 72/74, consta que o modo de acondicionamento (embalagens individuais), a grande quantidade de entorpecentes arrecadados (32 porções de maconha, pesando 24.812, 40 g), além da associação para a prática do crime, revelam a disposição do réu em se dedicar à atividade clandestina, fazendo do tráfico seu meio de vida.

3. A presença de circunstância judicial desfavorável, que condicionou a pena-base a um patamar acima do mínimo legal, possibilita, em conformidade com o art. 33, § 3º, do Código Penal, a exasperação do cárcere.

4. O regime inicial fechado é, na espécie, o mais adequado para a prevenção e a repressão do crime praticado, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, notadamente em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da quantidade de droga apreendida (AgRg no REsp n. 1.797.775/MS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/5/2019).

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1827440/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 05/11/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. *MODUS OPERANDI*. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. É cediço que para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o sentenciado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Na hipótese, o Tribunal a quo concluiu, de forma fundamentada, quanto a não aplicação do redutor, haja vista a grande quantidade de droga apreendida, aliada ao *modus operandi* do delito, indicando que o agravante participou de organização criminosa, circunstâncias que justificam o afastamento da benesse. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE TÓXICO APREENDIDO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na espécie, estabelecida a pena em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, proporcional o estabelecimento do regime fechado, ante a quantidade do entorpecente e a presença de outra circunstância judicial desfavorável. Exegese do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em combinação com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 1549965/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 08/11/2019).

No que tange à pretensão recursal de abrandamento do regime, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Como é cediço, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o recorrente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado para cumprimento inicial da pena, que foi devidamente fundamentado consoante dispõe o art. 33, e parágrafos, do Código Penal e a Súmula 269/STJ, não havendo, portanto, qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, inobstante ser a pena de inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a circunstância judicial desfavorável - natureza e quantidade de droga apreendida - que implicou a majoração da pena-base, justificou a imposição do regime mais gravoso.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE DE 5,297KG DE MACONHA ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO. 2. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA REDUTORA. SÚMULA N. 7/STJ. 3. PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. 4. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Depreende-se do acórdão recorrido, que o Tribunal local manteve o afastamento da redutora do crime de tráfico, por entender que o acusado se dedicava à reiterada prática delituosa, na medida em que transportava e trazia consigo 5,297kg (cinco quilos e duzentas e noventa e sete gramas), aproximadamente, de droga tipo maconha (cannabis sativa lineo), numa mochila junto com o denunciado, entre Estados da Federação, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)

2. A pretensão de reforma da dosimetria da pena implicaria em reapreciação da matéria fático-probatória, exercício vedado em recurso especial pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. In casu, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, a grande quantidade de entorpecente apreendido (quase



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6kg de maconha), justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 1509421/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0305458-2

**AgRg no AgRg no
AREsp 1.600.819 /
MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0002313-62.2016.8.12.0001 00023136220168120001 0002313622016812000150002
00389877320158120001 23136220168120001 2313622016812000150002
389877320158120001

EM MESA

JULGADO: 26/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ALEXANDRE REIS RIBEIRO DA SILVA
ADVOGADOS : TIAGO VINICIUS RUFINO MARTINHO - MS014135
EDMILSON CARLOS ROMANINI FILHO - MS020894
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CORRÉU : EDIMILSON SANTOS PEREIRA
CORRÉU : ITAMAR DOS SANTOS PEREIRA

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 : ALEXANDRE REIS RIBEIRO DA SILVA
ADVOGADOS : TIAGO VINICIUS RUFINO MARTINHO - MS014135
EDMILSON CARLOS ROMANINI FILHO - MS020894
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.