



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.323.779 - SP (2012/0099508-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **EDDY PEREZ MERCADO**
ADVOGADO : **FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA QUE AUTORIZA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO. NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

1. O réu não tem direito a uma pena mínima ou a determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício de sua discricionariedade motivada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte – cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal – imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional.

2. A pena-base foi elevada acima do mínimo legal, especialmente devido à natureza e à quantidade da droga apreendida, vale dizer, 2.995g (dois gramas e novecentos e noventa e cinco centigramas) de cocaína, fator que, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, é preponderante para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes, inclusive na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

3. Além da quantidade de droga, a existência de circunstâncias judiciais negativas autoriza o estabelecimento do regime prisional mais rigoroso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

4. Fixada a pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.323.779 - SP (2012/0099508-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Eddy Perez Mercado contra decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA QUE AUTORIZA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

1. O réu não tem direito à uma pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício de sua discricionariedade motivada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional.

2. A pena-base foi elevada acima do mínimo legal, especialmente devido à natureza e à quantidade da droga apreendida, vale dizer, 2.995 g de cocaína, fator que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, é preponderante para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes, inclusive na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

3. Além da quantidade de droga, a existência de circunstâncias judiciais negativas autoriza o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

4. Fixada a pena em patamar superior a 4 anos, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade.

5. Recurso especial a que se nega seguimento.

Alega o agravante, em suma, que (fls. 667/668):

[...]

O TRF-3ª Região, em sede de apelação, aplicou a pena-base acima do

mínimo legal, sob o fundamento de que as circunstâncias e consequências do crime seriam graves.

Insta salientar que as consequências do crime são elementos próprios do tipo penal, não podendo ser utilizadas como um fator delimitador da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, deixando de ser, portanto, motivo para a não aplicação da pena-base no mínimo legal.

Ademais, a pena-base foi elevada acima do mínimo legal, principalmente devido à natureza e à quantidade da droga. Porém, *in casu*, a dosimetria aplicada não guarda a devida proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que, ainda que se considere a preponderância do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06 sobre o artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias em que ocorreram o crime não justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

[...]

Assim, considerando os bons antecedentes do agravante e a ausência de provas questionadoras de sua boa conduta social e personalidade, não restam motivos para se negar a plena aplicação do artigo 59 do Código Penal.

Quanto à causa de diminuição de pena constante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve-se aplicar seu patamar máximo (2/3), já que o agravante preenche todos os requisitos, quais sejam, a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de dedicação às atividades criminosas.

[...]

Por conseguinte, tendo sido condenado o agravante a pena superior a 4

anos e inferior a 8 anos, preenche todos os requisitos para cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, conforme prevê o art. 33, §2, "b" do Código Penal.

[...]

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.323.779 - SP (2012/0099508-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O agravo regimental não merece provimento, devendo a decisão ora agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Primeiramente, é de se registrar que o réu não tem direito a uma pena mínima ou a determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício de sua discricionariedade motivada prevista na legislação, tarefa da atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte – cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal – imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional.

Dito isso, vejamos o que consta no acórdão recorrido acerca da dosimetria da pena, na parte que interessa (fls. 530/532 - grifo nosso):

[...]

Dosimetria. A sentença recorrida fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Reduziu a pena para 6 (seis) anos de reclusão, pela atenuante genérica da confissão, sem outras atenuantes ou agravantes. Majorou a pena em 1/6 (um sexto) para 7 (sete) anos de reclusão, em razão da transnacionalidade. Aplicou a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo a pena em 1/2 (metade) para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Fixou a sanção pecuniária em 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em razão da condição econômica do réu.

Determinou o cumprimento da pena no regime inicial fechado.

Indeferiu a substituição de penas normatizada no art. 44 do Código Penal, bem como a faculdade de apelar em liberdade.

Apela o Ministério Público Federal para majorar a pena pela não incidência da atenuante genérica da confissão e da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ou pela incidência da última no mínimo legal. Postula elevação do acréscimo pela causa de aumento do art. 40, I, da Lei n. 11.343/06 e o reconhecimento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/06 (fls. 298/305).

A defesa recorre para reduzir a pena-base no mínimo legal. Requer aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, no máximo legal. Pugna também pela substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e pela concessão do direito de apelar em liberdade (fls. 306/323).

O recurso do Ministério Público Federal merece parcial provimento e o recurso da defesa, desprovimento.

Consideradas a natureza do entorpecente (cocaína) e a sua quantidade (2.995g de peso líquido), a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/06, mantenho a fixação da pena-base, tal como feito na sentença, em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, inviável a redução no mínimo legal pleiteada pela defesa.

Reconhecida na sentença a atenuante da confissão, cabível que reduza a pena, razão pela qual não merece provimento o recurso da acusação nessa parte.

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10).

Mantida a redução da pena-base pela atenuante da confissão para 6 (seis) anos reclusão.

Sem outras atenuantes ou agravantes, foi reconhecida a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal admitem que a natureza e a quantidade de entorpecente sirvam para graduar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (STF, HC n. 106.762, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21.06.11; HC n. 104.195, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26.04.11), reconhecendo ademais plena liberdade ou discricionariedade judicial (STF, HC n. 94.440, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03.05.11; RHC n. 106.719, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01.03.11). Não obstante, há precedentes também no sentido de que considerar essas circunstâncias do delito seria proibido *bis in idem* (STF, HC n. 108.264, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.06.11; HC n. 106.313, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.03.11). Assim, embora repute admissível apreciar tais circunstâncias com certa dose de discricionariedade (trata-se de disposição específica), convém que além delas sejam consideradas outras peculiaridades do caso concreto, à vista das provas dos autos, para resolver sobre a aplicabilidade e a gradação dessa causa de diminuição.

Considerada a primariedade e os bons antecedentes do réu (fls. 79, 83, 86/87, 110, 143/144, 150 e 159), bem como a quantidade de entorpecente (2.995g de peso líquido de cocaína), reduzo a pena em 1/6 (um sexto) para 5 (cinco) anos de reclusão, pela causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, provido o apelo Ministério Público Federal nesse ponto.

Reconhecida a causa de aumento da transnacionalidade, revela-se adequada a fração de acréscimo aplicada pelo Juiz *a quo*, que mantenho, para elevar a pena em 1/6 (um sexto) para 5 (cinco) anos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10 (dez) meses de reclusão.
[...]

Como visto, o aumento na pena-base foi devidamente fundamentado em razão da presença de circunstância judicial negativa, notadamente a quantidade e a natureza da droga apreendida – 2.995g (dois gramas e novecentos e noventa e cinco centigramas) de cocaína –, que, ao contrário do sustentado pela recorrente, mostrou-se excessiva, além de ser de alto poder nocivo, não havendo, portanto, violação do art. 59 do Código Penal, tampouco do art. 42 da Lei de Drogas.

Registre-se que essa Corte tem considerado quantidades bastante inferiores de droga para justificar o aumento da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, vejamos:

Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza e a quantidade de droga apreendida - 259 gramas de cocaína -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

(HC nº 188.578/SP, relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 1/8/2012)

Da mesma forma, a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/6 (um sexto), está perfeitamente adequada com as circunstâncias do fato criminoso, que evidenciam o fato de a ré ter exercido papel importante para a distribuição de droga para uma organização criminosa internacional, não sendo crível que o grupo criminoso entregaria uma elevada quantidade de droga a pessoa sem experiência com o transporte de entorpecentes ou recém iniciada no mundo do tráfico.

Ademais, cabe frisar que a diretriz imposta pelo art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

A propósito:

O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

(HC nº 156.060/SP, relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe 2.12.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao regime prisional, além da grande quantidade de droga, a existência de circunstâncias judiciais negativas autoriza o estabelecimento do regime prisional inicial mais rigoroso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Quanto ao pleito de substituição da pena, o réu não preenche os requisitos legais, pois além de ter sido fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, a qualidade e a quantidade da droga apreendida não recomendam o deferimento do benefício.

Nesse sentido: AgRg no HC nº 242907/DF, AgRg no HC nº 249101/MG e HC nº 232220/SP.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0099508-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.323.779 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030564620104036119 201061190030568 30564620104036119

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDDY PEREZ MERCADO
ADVOGADO : FLÁVIA BORGES MARGI - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 : EDDY PEREZ MERCADO
ADVOGADO : FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.