



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.486 - SP (2009/0175349-6)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : GILMAR DE SOUZA E SILVA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. PENA AQUÉM DO MÍNIMO, EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE ATENUANTE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. RECORRENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

I - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida, é circunstância judicial que justifica, por si só, o aumento da pena-base acima do mínimo legal **(Precedentes do STJ e do STF)**.

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes **(Precedentes e Súmula n.º 231 do STJ)**.

III - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, se expressamente reconhecido no v. acórdão recorrido que o recorrente se dedica à atividade criminosa do tráfico. Além disso, apenas seria possível entender em sentido contrário a partir da análise profunda do material fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo óbice da **Súmula 07 desta Corte (Precedentes)**.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

ACÓRDÃO

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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.486 - SP (2009/0175349-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto por GILMAR DE SOUZA E SILVA, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da **Lex Fundamental**, contra v. julgado proferido pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na Apelação Criminal n.º 2007.60.00.002006-5/MS.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c art. 40, incisos I e III, ambos da Lei n.º 11.343/06, à pena de **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, mais pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Irresignada, apelou a defesa. O e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo. Eis a ementa do v. acórdão:

"PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE BEM VALORADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. LEI N.º 11.343/2006, ARTIGO 33, § 4º. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Tratando-se de tráfico de mais de 1.225g de cocaína, a pena-base não pode ser fixada no mínimo legal.

2. A par de bem valorada na sentença, a atenuante da confissão espontânea não poderia conduzir a pena para aquém do patamar mínimo previsto no tipo (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 231).

3. Restando provado nos autos que o réu dedica-se ao tráfico de drogas, deve ser rejeitada a pretensão de aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006.

4. Apelação desprovida." (Fl. 266).

Daí o presente apelo nobre, no qual alega o recorrente contrariedade ao disposto nos arts. 59, 65 e 68, do Código Penal e arts. 33, § 4º, 42 e 44, todos da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06. Alega, para tanto que: **a)** a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem fundamentação idônea; **b)** é admissível a fixação da pena abaixo do mínimo legal, por incidência da atenuante da confissão espontânea; e **c)** é cabível a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, eis que preenche os requisitos legais.

Requer, assim, o provimento do recurso especial para que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, fixada a pena abaixo do mínimo, em razão da atenuante da confissão e, finalmente, que seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Contrarrazões apresentadas às fls. 294/305.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 301/303, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.486 - SP (2009/0175349-6)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. PENA AQUÉM DO MÍNIMO, EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE ATENUANTE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. RECORRENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

I - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida, é circunstância judicial que justifica, por si só, o aumento da pena-base acima do mínimo legal (**Precedentes do STJ e do STF**).

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (**Precedentes e Súmula n.º 231 do STJ**).

III - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, se expressamente reconhecido no v. acórdão recorrido que o recorrente se dedica à atividade criminosa do tráfico. Além disso, apenas seria possível entender em sentido contrário a partir da análise profunda do material fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo óbice da **Súmula 07 desta Corte (Precedentes)**.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O recorrente requer, em síntese, o provimento do recurso especial para que seja: **a)** reduzida a pena-base ao mínimo legal; **b)** fixada a pena abaixo do mínimo legal, em razão da atenuante da confissão; e **c)** aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao **tópico "a"**, tem-se que o recurso não comporta provimento.

De fato, o e. Tribunal **a quo**, ao manter a dosimetria da pena realizada em primeiro grau, manifestou-se nos seguintes termos:

"Da análise da fundamentação expendida pelo e. magistrado sentenciante, vê-se que agiu com acerto Sua Excelência ao fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Com efeito, ao mencionar o deslocamento da Bolívia ao Brasil, o MM. Juiz fê-lo apenas para demonstrar o alto grau de envolvimento do réu na empreitada criminosa, ou seja, cuidou de analisar a culpabilidade.

Deveras, em seu depoimento judicial o próprio apelante revela que aceitou e participou dos preparativos do delito, percorrendo três cidades da Bolívia (Santa Cruz de la Sierra, San Inácio e San Matias) e duas no Estado do Mato Grosso (Cáceres e Cuiabá), persistindo no intuito de efetuar sua parte no acordo e resistindo - em todo o percurso - a qualquer impulso de desistir da prática delituosa.

*Tem-se, pois, que não há falar em ocorrência de **bis in idem**, como quer fazer crer a defesa.*

Faz-se oportuno anotar, ainda, que a qualidade e quantidade da droga já seriam circunstâncias suficientes para fixar acima do mínimo legal a pena-base, a qual mantenho assim como calculada na sentença, em 5 (cinco) anos 10 (dez) meses de reclusão." (Fls. 263/264).

Deve prevalecer, **in casu**, a fixação da pena-base acima do patamar mínimo, em razão da elevada quantidade de entorpecente apreendida em poder do recorrente, circunstância judicial que justifica, por si só, o aumento da pena-base acima do mínimo legal **(Precedentes do STJ e do STF)**.

Vale ressaltar que a Lei de Tóxicos visa a impedir a disseminação de drogas e, considerando, primordialmente, a grande quantidade de substância entorpecente apreendida, - **1.225 g de cocaína** -, natural um maior juízo de censura.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes **desta Corte**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE PARA O CRIME DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (8 ANOS). PENA CONCRETIZADA EM 8 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA (QUASE 1,5 TONELADA). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal foi devidamente justificada pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Com efeito, a grande quantidade de droga apreendida, quase 1,5 tonelada de maconha, constitui justificava idônea para a elevação da pena-base.

3. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial."

(HC 146.661/MS, 5ª Turma, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, julgado em 03/12/2009, DJe 01/02/2010).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. A jurisprudência dominante sustenta que a elevada quantidade de droga é motivação idônea e suficiente a elevação da pena-base.

2. Negado provimento ao recurso."

(AgRg no REsp 849.703/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Jane Silva**, Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJU de 19/05/2008).

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUMENTO DA PENA-BASE. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. A quantidade de entorpecente, em nada estranha às circunstâncias judiciais, tem função decisiva na individualização da resposta penal ao crime de tráfico, enquanto particulariza o delito nos próprios das suas circunstâncias, a revelar-lhe a gravidade.

2. Recurso parcialmente provido."

(REsp 933.096/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJU de 22/04/2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MAJORANTE DO ART. 18, III, DA LEI 6.368/76 NÃO PREVISTA NA LEI 11.343/06. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A causa de aumento da pena prevista no art. 18, III, da Lei 6.368/76 não foi reproduzida na Lei 11.343/06, o que constitui **novatio legis in melius**, devendo ser mantido o afastamento da majoração em virtude da associação ao tráfico.

2. No crime de tráfico de drogas, a quantidade e a variedade do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei 6.368/76, que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. *Precedentes*.

3. Recurso parcialmente provido para redimensionar a pena imposta aos réus nos termos da fundamentação, mantidas as demais cominações do acórdão recorrido."

(REsp 419.431/AC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 05/11/2007).

E do c. **Pretório Excelso**:

"PENA-BASE - TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Mostra-se razoável a fixação da pena-base em cinco anos, considerado o mínimo de três e o máximo de quinze, presente a grande quantidade de tóxico apreendida. PENA - AUMENTO - TRÁFICO DE DROGAS. O artigo 18 da Lei nº 6.368/76 baliza o aumento da pena de um a dois terços, sendo impróprio cogitar-se da percentagem de um sexto."

(HC 86421, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 16/12/2005)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. TRANSPORTE POR TRÊS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. AUMENTO NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. O juiz de primeira instância fundamentadamente elevou a pena-base de três para seis anos, em função das circunstâncias do crime, responsáveis pelo aumento significativo do potencial lesivo da conduta, a saber: grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de drogas apreendida e o fato de que a droga era transportada por três estados da federação. A importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas."

(RHC 84.571/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 13/05/2005).

"I. Sentença condenatória: a existência de fundamentação é essencial à validade da sentença, mas a correção do exame nela contido do conjunto probatório é questão de fato, a ser decidida nas instâncias de mérito e não no processo de habeas corpus impetrado a pretexto de falta de motivação. II. Sentença condenatória: critérios da individualização da pena: cuidando-se de crime de tráfico de entorpecentes, nem a gravidade do tipo nem a nocividade, em tese, de suas conseqüências constitui motivação idônea para a exacerbação da pena-base, que, no entanto, pode ser justificada pela quantidade de droga posta à venda, não se prestando o habeas corpus à revisão do aumento conseqüente, salvo em casos de extrema e manifesta desproporcionalidade."

(RHC 82.369/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 08/11/2002).

No que tange ao **tópico "b"**, o recurso não comporta conhecimento.

A **individualização da pena**, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma **obrigação funcional**, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma **garantia** do réu (v.g., art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna e arts. 381 e 387 do CPP) e da **sociedade** (v.g., arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da **Lex Maxima**). A nossa legislação fornece o **critério** mencionado na **Lex Fundamental** ("a lei regulará a individualização...") que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação **concreta** (cfe. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** do art. 93, inciso IX, 2ª parte da Lei Maior e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, **ou**, então, o pretenso exercício de "dikeologia" só acarretam, no fundo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça.

Em assim sendo, desde a elaboração do C. Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei nº 7.209/84, nunca predominou - nem sequer mereceu destaque - o entendimento de que as **agravantes** e **atenuantes** (**ao contrário das majorantes e minorantes**) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de **Roberto Lyra**), quer seja no trifásico (de **Nelson Hungria**), agora imposto legalmente (v.g., as ensinanças de **Hungria**, **A. Bruno** e **M. Noronha**, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos **arts. 59, 67 e 68** do C. Penal, a Lei nº 7.209/84 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do C. Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmito o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A **pena-base** (e não ponto de partida) é obtida com as **circunstâncias judiciais** (**art. 59 do CP**). A seguir, em segunda operação, devem incidir as **agravantes** e as **atenuantes** (**ex vi dos arts 61 a 67 do CP**), surgindo, daí, a **pena provisória**. Esta só se torna **definitiva** ou **final** se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (**majorantes** ou **minorantes**, **ex vi do art. 68 do CP**). Como se vê, **primo ictu oculi**, até “*à vol d'oiseau*”, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de **ampla indeterminação** que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas o CP, é de se grifar, em seu **art. 59, II**, diz: “*dos limites previstos*”. E, no **art. 67**, assevera: “*do limite indicado*”. É, destaque, o **sistema da indeterminação relativa** (v.g.: **Jair Leonardo Lopes** in “Curso de Direito Penal”, PG, 2ª ed., RT, págs. 231 e segts.; **Damásio E. de Jesus** in “Direito Penal”, vol. 1, PG, p. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso** in “Lições de Direito Penal”, PG, Forense, 1995, 15ª ed., p. 339; **Álvaro Mayrink da Costa** in “Direito Penal”, PG, vol. I, Tomo II, p. 539, Ed.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt** in “Código Penal Anotado”, RT, 1997, págs. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos** in “Direito Penal. A nova Parte Geral.”, p. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne** in “Teoria e Prática da Aplicação da Pena”, Juruá, p. 99, 1995 e **Fernando Galvão** in “Aplicação da Pena”, p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A **quaestio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. **Primeiro**, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? **Segundo**, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o **limite**? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção **unilateral** na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista** in “Introdução Crítica ao Direito Penal” e **H. H Jescheck**, in “Tratado de Derecho”, 4ª ed., Granada, 1993, págs. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann** e **Achenbach**). **Terceiro**, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinquentes. Caso contrário, **na participação de somenos** (art. 29, § 1º, do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse **menor participação** (o texto, todavia, só diz com a **participação ínfima**, cfe. ensinanças de **René A. Dotti** in “Reforma Penal Brasileira”, Ed. Forense, 1988, p. 98/99, e de **Jair Leonardo Lopes**, *op. cit.*, p. 183). **Por último**, a expressão “**sempre atenuam**” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, **desde que a pena base não esteja no mínimo**, diga-se, **até aí, reprovação mínima do tipo**. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as **agravantes** (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do **limite máximo** (o outro lado da **ampla indeterminação**). E isso, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o **princípio**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da legalidade formal:

"O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos "segundos códigos" do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstância acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas." (A. Silva Franco in "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", 6ª ed., 1997, RT, p. 1072).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA PARA O ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA MENORIDADE. FIXAÇÃO DA SANÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 231/STJ. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO.

(...)

2. Não se mostra possível, em razão da incidência de atenuantes, operar redução que importe na fixação da sanção abaixo do mínimo legal.

(...)

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1031494/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 24/11/2008).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 14 DA LEI Nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA. TIPICIDADE. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231-STJ.

(...)

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula nº 231-STJ).

Recurso especial provido."

(REsp 923.099/RS, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 03/12/2007).

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INCABIMENTO. SÚMULA Nº 231/STJ. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **NE BIS IN IDEM**. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. ELEMENTOS DIVERSOS. **BIS IN IDEM**. OCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula do STJ, Enunciado nº 231).

(...)

4. Recurso parcialmente provido. Declaração de prescrição da pretensão punitiva.

(REsp 713.813/RS, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJU de 22/10/2007).

"CRIMINAL. RESP. FURTO. USO DE "MIXA". QUALIFICADORA DO USO DE CHAVE FALSA. CONFIGURAÇÃO. CONCURSO DE PESSOAS. MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO. APLICAÇÃO AO FURTO QUALIFICADO PELA MESMA CIRCUNSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA EXCLUÍDA. IMPROPRIEDADE. ATENUANTE. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 231/STJ. RECURSO PROVIDO.

(...)

VI. Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuante relativa à menoridade. Incidência da Súmula 231/STJ.

VII. Recurso provido."

(REsp 906.685/RS, 5ª Turma, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJU de 06/08/2007).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONSUMAÇÃO. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA. SÚMULA Nº 231-STJ.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime.

(...)

Incidência da Súmula 231 do STJ.

Recurso conhecido e provido."

(REsp 744.120/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 05/09/2005).

Ademais, a **quaestio** está sumulada: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula n.º 231-STJ).

Assim sendo, nesta parte, não conheço do recurso, de acordo com o art. 38 da Lei 8.038/90, **in verbis**:

"Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal."

Quanto ao **tópico "c"**, o recurso também não merece ser conhecido.

Por oportuno, transcrevo o teor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (nova Lei de Drogas), **verbis**:

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

Com efeito, verifico que Tribunal **a quo** enfatizou que o recorrente dedica-se à atividade criminosa do tráfico. Confira-se excerto do v. acórdão, **verbis**:

"Com efeito, do interrogatório do réu e das declarações das testemunhas extraem-se elementos suficientes para afastar a incidência da causa de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requerida.

Sim, pois, embora as certidões acostadas aos autos demonstrem que o réu é primário e não possui maus antecedentes, em seu depoimento ele revelou que esta não foi a primeira vez que praticou o crime de tráfico internacional de drogas, tendo, em outras oportunidades, levado 500g (quinhentos gramas) de cocaína para a Turquia e tentado entregar a mesma droga em Portugal.

Além disso, em suas declarações, a testemunha Wolney de Almeida Lima afirmou que o réu ter-lhe-ia dito que também tentou fazer tráfico para a Espanha, não logrando êxito.

Considerando-se tais circunstâncias, dúvida não há de que o apelante costuma dedicar-se a atividades criminosas, não fazendo jus, portanto, à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06." (fls. 264/265)

Assim, pela leitura dos fundamentos acima elencados, nota-se que foram indicados elementos idôneos próprios a afastar a incidência da minorante legal. É que, pelo que constou dos autos, as particularidades do caso evidenciaram que o recorrente dedica-se à atividade criminosa do tráfico.

Acerca do tema, confira-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que se dedica à atividades criminosas, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida (oito papелotes de cocaína e novecentos e sessenta e dois invólucros contendo crack além de balança de precisão). Precedentes do STJ.

3. Ordem denegada."

(HC 151.676/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 10/05/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA APLICADA: 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. ACÓRDÃO QUE RECONHECE QUE O PACIENTE PERTENCE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06 PARA A DIMINUIÇÃO DA PENA. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Para fins de obtenção da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, exige-se que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. Na hipótese dos autos, o egrégio Tribunal a quo reconheceu que o paciente é integrante de organização criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. A alteração dessa conclusão, a fim de verificar se o paciente faz parte ou não de organização criminosa, enseja, necessariamente, reexame de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do Habeas Corpus.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada."

(HC 106.831/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 02/03/2009).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar a atividade criminosa, pois restou evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida e pelo fato de ser o paciente gerente da narcotraficância. Precedentes do STJ.

(...)

9. Ordem denegada."

(HC 119.149/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 02/02/2009).

Portanto, é inviável a aplicação da benesse em referência, se reconhecido expressamente que o recorrente dedica-se à atividade criminosa. De qualquer forma, entender em sentido contrário demandaria análise profunda do material fático-probatório, o que é vedado em face do óbice imposto pela **Súmula 07 desta Corte**.

Neste sentido, os precedentes desta Corte Superior:

"CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. NÃO CONHECIMENTO.

1. In casu, a condenação pelo delito previsto no art. 35 da nova Lei de Drogas e a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 foram fundamentadas no contexto fático-probatório carreado aos autos, sendo certo que o debate sobre o acerto da decisão proferida pela Corte de origem envolveria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n.º 7/STJ.

(...)

2. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, improvido."

(REsp 1.102.710/AC, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 19/10/2009)

"PENAL. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 14 DA LEI 9.807/99. ALEGAÇÃO DE INEXIGÊNCIA DE CUMULAÇÃO DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA PENA. SÚMULA 07/STJ.

*Não se conhece de recurso especial que, para o seu objetivo, exige o reexame da **quaestio facti** (Súmula nº 7 - STJ). In casu, impossível averiguar se há a incidência da causa de diminuição de pena prevista no*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 14 da Lei 9.807/99 sem a análise do material fático-probatório.

Recurso não conhecido."

(REsp 960.418/DF, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJe de 10/03/2008).

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0175349-6

REsp 1.154.486 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200760000020065

PAUTA: 02/09/2010

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GILMAR DE SOUZA E SILVA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
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

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, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário