



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.211 - SP (2012/0119589-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : ADAN SUAREZ ARTEAGA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FUNDAMENTO IDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.
2. Devidamente fundamentada a aplicação da fração mínima de 1/6 pelo reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a revisão do julgado exigiria o reexame fático-probatório, o que é vedado, em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ.
3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis constitui fundamento idôneo à imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, violação à legislação federal.
4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.211 - SP (2012/0119589-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : ADAN SUAREZ ARTEAGA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ADAN SUAREZ ARTEAGA em face de decisão que conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento.

Alega o agravante que *"ao contrário do exposto pelo Exmo. Miunistro Relator é totalmente desnecessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, pois o reexame de provas é absolutamente dispensável para que se conheça das questões suscitadas nos autos"*.

Destaca que *"o tribunal de origem não especifica claramente os elementos ensejadores da minoração em razão do tráfico privilegiado no valor de 1/6, limitando-se a afirmar, de maneira genérica, que a gradação da causa de diminuição deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto, o que configura evidente deficiência na fundamentação"*.

Aduz, também, que *"não se pode considerar a qualidade e quantidade da droga para distanciar a aplicação da pena de seu mínimo legal e também para não diminuí-la em seu patamar máximo na aplicação do art. 33, § 4º, incorrendo assim o bis in idem, vez que esta circunstância já foi analisada para a fixação da pena-base, e na causa de diminuição da pena"*. Assevera, por fim, que redimensionada a reprimenda seria devido o abrandamento do regime inicial.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do pleito à Tuma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.328.211 - SP (2012/0119589-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Compulsando os autos, verifica-se que o recurso especial foi parcialmente conhecido, e nesse parte, negado provimento, nos seguintes termos (fls. 597/607):

[...]

No que concerne à tese de violação ao art. 42 da Lei de Drogas, nota-se que o Tribunal estadual reduziu a pena-base a 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, com a seguinte fundamentação (fls. 499/500):

Dosimetria. Na sentença, o Juízo a quo, com fundamento no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e no art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias agravantes, a pena foi reduzida para 6 (seis) anos de reclusão, em virtude da confissão.

Em razão da transnacionalidade, a pena foi majorada em 1/6 (um sexto) para 7 (sete) anos de reclusão.

Aplicou a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo a pena em 1/3 (um terço), para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

No tocante à pena de multa, aplicando os mesmos critérios e fundamentos utilizados para a pena privativa de liberdade, tornou-a definitiva em 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, em razão da condição econômica do réu.

Determinou o cumprimento da pena no regime inicial fechado.

Considerou incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e determinou que o réu não poderá apelar em liberdade.

A acusação pleiteia a inaplicabilidade da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ou, alternativamente, a sua aplicação no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), o afastamento da atenuante da confissão e a aplicação da causa de aumento do art. 40,1, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo.

A defesa, por sua vez, recorre da dosimetria da pena, requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento do art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu máximo legal, o estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena no semiaberto ou aberto, a substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritiva de direitos e o afastamento da aplicação da pena de multa.

Os recursos merecem, em parte, prosperar.

Fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa, considerando a natureza do entorpecente (cocaína) e a sua quantidade (1.369g).

No tocante ao pleito de redução da pena-base, observa-se que o quantum fixado não merece ser revisto, pois a reprimenda foi elevada em 10 meses de reclusão, mais 83 dias-multa, em virtude da desfavorável consideração da quantidade e da natureza da droga apreendida (1.369 g de cocaína), fatores que, a teor do art. 42 da Lei 11.343/06, devem preponderar sobre as vetoriais dispostas no art. 59 do Código Penal.

Assim, o aumento operado na primeira fase de dosimetria não se mostra desarrazoado ou excessivo, sobretudo considerando-se a pena mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito constante do art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê pena reclusiva de 5 a 15 anos. A propósito, confira-se:

[...]

Incide ao caso, portanto, o entendimento consolidado no verbete n. 83 da Súmula desta Corte, também empregado em recursos interpostos com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional.

No que concerne ao pleito de redução da reprimenda abaixo do patamar mínimo, tem-se que, não alterada a pena-base, tal pleito encontra-se prejudicado, uma vez que a sanção intermediária efetivamente foi reduzida pela atenuante da confissão espontânea.

Ainda que assim não fosse, ressalto que a Terceira Seção, no recurso especial representativo de controvérsia n. 1.117.068/PR, de relatoria da Ministra LAURITA VAZ, pacificou o entendimento de que, a teor da súmula 231 do STJ, descabe a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias atenuantes. Confira-se a ementa desse julgado:

[...]

No concernente à alegação de violação ao art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tem-se que o Tribunal de origem alterou a fração da minorante para 1/6, com os seguintes fundamentos (fls. 500/501):

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, Rei. Min. Cármen Lúcia, j. 21.06.11; HC n. 104.195, Rei. Min. Luiz Fux, j. 26.04.11), reconhecendo ademais plena liberdade ou discricionariedade judicial (STF, HC n. 94.440, Rei. Min. Joaquim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Barbosa, j. 03.05.11; RHC n. 106.719, Rei. 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, Rei. Min. Gilmar Mendes, j. 21.06.11; HC n. 106.313, Rei. 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.**

Não há elementos de que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, não bastando, para essa ilação, que sua conduta contribua para as finalidades ilícitas de grupos criminosos. Preenchidos os requisitos legais, mantenho a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, todavia, reduzo a pena de 1/6 (um sexto), em vez do 1/3 (um terço) aplicado na sentença, para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de prisão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Acerca da fração de diminuição, o entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, quando reunidos os requisitos para a aplicação do aludido redutor de pena, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o quantum adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que, conclusão diversa da alcançada pelo Tribunal a quo demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório e não mera reavaliação das provas, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado sumular n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

[...]

Ademais no concernente a alegação de que o recorrente seria "mula" e por isso deveria ser fixada a fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tem-se que a atual compreensão fixada por esta Corte é no sentido de não reconhecer a causa de diminuição de pena pretendida aos casos em que o agente transporta o entorpecente na condição de "mula". Nesse sentido:

[...]

Acerca do alegado bis in idem entre a aplicação da majorante do art. 40, I, da Lei de Drogas, e a condenação pelo art. 33, caput, do mesmo diploma legal, possui esta Corte o firme entendimento de que a pretensão defensiva não subsiste, pois a citada causa de aumento não configura elementar do tipo, tendo em vista que o delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla e conteúdo variado, configurando-se pela prática de qualquer das condutas nele descritas. A propósito:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atrai-se, portanto, novamente, o disposto no verbete n. 83 da Súmula desta Corte.

Com relação à tese de violação ao art. 33, § 2º, b, do CP, tem-se que o regime inicial foi mantido no fechado em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis (fl. 503), tendo, inclusive, a pena-base sido fixada acima do mínimo legal, o que se mantém. Assim, nota-se que o modo prisional mais severo encontra-se devidamente devidamente fundamentado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. Nesse sentido:

[...]

Assim, também, no ponto, incide a Súmula 83/STJ.

Por fim, inviável a conversão da pena privativa em restritiva, ante o não atendimento ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP.

Destaco, inicialmente, que o recorrente insurge-se tão-somente com relação à negativa de aumento da fração referente à causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e o não abrandamento do regime inicial, contudo, não assiste razão à defesa.

Isso porque, conforme consignado no *decisum* atacado, a Corte estadual, ao entender pela aplicabilidade do redutor especial do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, possui certa discricionariedade vinculada na fixação da fração, o que foi plenamente atendido no presente caso, uma vez que o Sodalício *a quo*, escolheu o *quantum* de 1/6, asseverando que (fls. 500/501):

*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, Rei. Min. Cármen Lúcia, j. 21.06.11; HC n. 104.195, Rei. Min. Luiz Fux, j. 26.04.11), reconhecendo ademais plena liberdade ou discricionariedade judicial (STF, HC n. 94.440, Rei. Min. Joaquim Barbosa, j. 03.05.11; RHC n. 106.719, Rei. 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, Rei. Min. Gilmar Mendes, j. 21.06.11; HC n. 106.313, Rei. 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.***

Não há elementos de que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, não bastando, para essa ilação, que sua conduta contribua para as finalidades ilícitas de grupos criminosos. Preenchidos os requisitos legais, mantenho a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, todavia, reduzo a pena de 1/6 (um sexto), em vez do 1/3 (um terço)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicado na sentença, para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.

Assim, nota-se que fez menção expressa à prova dos autos para fixar a fração de 1/6, não sendo devido, em sede de recurso especial, o revolvimento da matéria fático-probatória para alterar tal *quantum*. Conforme o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES. PATAMAR MÍNIMO JUSTIFICADO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

É inviável, em sede de recurso especial, a desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para o delito descrito no art. 28 do mesmo diploma legal, ante o necessário revolvimento de matéria fático-probatório. Aplicação da Súmula 7 do STJ.

Esta Corte possui entendimento de que compete ao julgador, após a análise dos requisitos legais, verificar a viabilidade na aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como fixar a fração pertinente ao caso concreto. Estabelecida a fração de 1/6 pelas instâncias ordinárias após a análise fática, a sua alteração em sede de recurso especial encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

Mantida a pena em 4 anos e 2 meses de reclusão, não há que se falar em alteração do regime prisional - semiaberto -, tampouco em substituição por restritiva de direitos, por não preencherem os condenados o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 714.982/BA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 14/10/2015)

Ademais, não há se falar *me bis in idem* entre a primeira e terceira fases da dosimetria, uma vez que as instâncias de origem sopesaram apenas na fixação da pena-base a natureza e quantidade do entorpecente apreendido, fazendo menção a "*outras peculiaridades do caso concreto*" para a escolha da fração de 1/6.

No concernente ao regime inicial, tem-se que, inalterada a reprimenda final, o modo prisional fechado deve ser mantido, porquanto, não obstante a sanção seja inferior a 8 anos de reclusão, a pena-base restou acima do mínimo legal, pela presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em conformidade com o art. 33, § 3º, do CP. Nesse norte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE DA DROGA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELO TRIBUNAL LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

*5. No caso dos autos, as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na quantidade e qualidade das drogas apreendidas, fundamento considerado idôneo. **Ademais, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, estando o regime fechado devidamente justificado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.***

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 350.410/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0119589-4

AgRg no
REsp 1.328.211 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201061190078309 78302220104036119

PAUTA: 26/09/2017

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ADAN SUAREZ ARTEAGA
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO - SP173326
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 : ADAN SUAREZ ARTEAGA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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