



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 276.992 - MT (2013/0302944-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**  
**AGRAVANTE** : OSCAR PENA SIYE  
**ADVOGADO** : SERGIO DA COSTA MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA  
UNIÃO  
**AGRAVADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1.** TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **2. BIS IN IDEM** NÃO CONFIGURADO. **3.** ALTERAÇÃO DA PENA-BASE E DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO SEGREGATÓRIA. INOVAÇÃO NA VIA RECURSAL. TEMAS NÃO TRAZIDOS NA IMPETRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. **4.** RECURSO IMPROVIDO.

**1.** Para a não aplicação da causa especial de redução em seu patamar máximo, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade e natureza da droga apreendida – qual seja, 8.760g (oito mil setecentos e sessenta gramas) de cocaína –, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir um número bem maior de usuários. Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**, pois foram mencionados fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado.

**2.** Não há que se falar em indevida violação do princípio do **ne bis in idem** na consideração da natureza e quantidade da droga em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois se trata de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos, conforme entendimento pacífico nesta Corte. Precedentes.

**3.** Segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a inauguração de temas não trazidos na impetração em agravo regimental configura indevida inovação recursal, razão pela qual não podem ser analisadas as alegações de ilegalidade da exasperação da pena-base e da fixação do regime inicial fechado.

**4.** 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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 276.992 - MT (2013/0302944-1)

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública da União, em assistência a Oscar Pena Siye contra a decisão monocrática, de minha relatoria, proferida nos seguintes termos (fls. 328/335):

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Oscar Pena Siye, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Irresignados, a defesa e o **Parquet** estadual interpuseram apelações criminais no Tribunal **a quo**, tendo a Terceira Turma, em julgamento unânime, negado provimento ao recurso Ministerial, mas provido parcialmente o defensivo, para reduzir a sanção para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em acórdão assim ementado (fl. 295):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 33 C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA EXACERBADA. ALTERAÇÃO DE ACORDO COM OS ARTS. 59 E 68 DO CP. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Crimes de tráfico internacional de entorpecentes e falsidade ideológica suficientemente comprovado em todos os seus elementos, conforme tipificação prevista no art. 33 c/c 40, I, da Nova Lei de Tóxicos.

II - O **quantum** das penas deve refletir a justa medida da reprovabilidade da conduta do acusado, conforme preconizado nos arts. 59 e 68 do CP c/c art. 42, da Nova Lei de Tóxicos.

III - Apelação do réu parcialmente provida. Recurso do Ministério Público desprovido.

Visando aclarar o julgado, foram opostos embargos de declaração, que ficaram rejeitados.

Por isso o presente **habeas corpus**, no qual pugna a Defensoria Pública, em síntese, pela aplicação da causa especial de diminuição



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena inserta no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 na fração máxima de 2/3 (dois terços), porquanto seja primária, não possuir antecedentes criminais, não integrar organização criminosa, tampouco se dedicar a atividades ilícitas.

Sustenta, ainda, indevido **bis in idem** ao se considerar as circunstâncias preponderantes para aumentar a pena-base e diminuir a fração de redução.

Ausente pedido liminar.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, opinou pelo não conhecimento do feito (fls. 325/326).

Brevemente relatado, decido.

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No caso dos autos, insurge-se o impetrante contra o **quantum** de pena imposto. No entanto, como é cediço, o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Ainda assim, passo à análise da dosimetria, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Cumpre destacar, inicialmente, o que prescreve a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 4º 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.** (suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012)

Na decisão agora hostilizada, a Corte Estadual, ao manter o referido redutor em patamar diverso, consignou o seguinte (fl. 289):

Não pairam dúvidas de que o apelante faz jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois preenche as condições lá exigidas (primariedade, bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa).

Contudo, o **quantum** dessa redução, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), depende da regra específica contida no art. 42 da mesma Lei que traz circunstâncias preponderantes às previstas no art. 59 do CP. Como ensina Nestor Távora e Bruno H. P. França, **verbis**:

Preenchidos os requisitos do § 4º, cumprirá ao juiz determinar o quanto de diminuição será aplicado ao caso concreto. Na tarefa de dosimetria da pena, inclusive para se fixar a fração redutora, necessário observar as regras do art. 59 do CP. Ocorre que, no caso dos crimes de drogas, existe regra específica, encampada no art. 42 da Lei de Drogas. Assim as circunstâncias veiculadas no art. 42 preponderarão sobre aquelas previstas no art. 59 do CP.

Vale lembrar que os requisitos necessários para a concessão dos benefícios, não incluirão na quantificação da diminuição, pois estando estes presentes, o agente fará jus à redução, já o **quantum** será fixado de acordo com as diretrizes do art. 42 da Lei 11.343/06 e o art. 59 do Cp (**in** Lei de Drogas, Ex. Jus Podium, 2012: Salvador/BA, págs. 105/106).

Por isso, tendo em vista a análise do art. 42 citado realizada pelo Juiz sentenciante, mantenho a redução lá imposta em 1/6 (um sexto). Assim, diminuo a pena-base anteriormente fixada em 1 (um) ano e 100 (cem) dias-multa, o que totaliza 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do trecho destacado, observa-se que, para a aplicação da causa especial de redução no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 8.760g (oito mil setecentos e sessenta gramas) de cocaína, entorpecente altamente alucinógeno e viciante em monta apta a atingir considerável número de usuários.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA.

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. 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 Tóxicos.

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 2.138 gramas de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso.

8. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

9. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 203.507/SP, Rel. a Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Não há que se falar, outrossim, em indevida violação do princípio do **ne bis in idem** na consideração da natureza e quantidade da droga em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois se trata de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos, conforme entendimento pacífico nesta Corte.

Nesse diapasão:

**A - HABEAS CORPUS.** TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE), EM DECORRÊNCIA DE DUAS MAJORANTES DO ART. 40 DA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). MINORANTE APLICADA EM GRAU INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E ALTO PODER VICIANTE DA DROGA (COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e 525 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 13/06/2008, com 32 invólucros de cocaína, além de R\$ 200,00 e uma nota de dez dólares. Na ocasião, foi apreendido um adolescente, que detinha R\$ 192,00 e traficava com o Apenado.

**2. 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**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**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.**

(...).

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 04 (quatro) anos e 01 (um) meses de reclusão. (**Habeas Corpus** 156.060/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 2.12.2011).

**B - HABEAS CORPUS.** TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 59 DO CP. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REDUÇÃO EM METADE. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ART. 44 DA LEI ANTIDROGAS. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

[...]

3. Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em habeas corpus, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

4. Diz o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que as penas referentes ao crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. Ao determinar a fração aplicável deve-se atentar para a existência de diferentes patamares, a serem escolhidos não por puro arbítrio judicial, mas pelas peculiaridades do caso concreto.

6. A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudesimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do ne bis in idem.

[...].

11. Ordem parcialmente concedida. (HC 215.088/MS, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 16/5/2012).

**C - HABEAS CORPUS.** TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. **BIS IN IDEM.** NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o quantum mínimo da minorante.

2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à quantidade e à diversidade das drogas apreendidas (aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).

3. Não configura **bis in idem** a utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

[...]

8. Ordem denegada. (HC 228.592/MG, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 7/5/2012).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento ao presente **habeas corpus**.

Publique-se.

Intime-se.

Alega o agravante ilegalidade na exasperação da pena-base motivada em fundamentos inidôneos, visto que inerentes ao próprio tipo penal.

Sustenta, ainda, que não existe nos autos comprovação de que ele se dedique a atividade criminosa, impondo-se, assim, a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em seu grau máximo. Aduz ser "descabida argumentação de não se diminuir a pena a seu patamar máximo em virtude da quantidade de droga apreendida, um vez que seu juízo já foi computado, sob pena de incorrer em **bis in idem**" (fl. 349).

Por fim, pugna pelo abrandamento do regime inicial de cumprimento da sanção segregatória.

É o relatório.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 276.992 - MT (2013/0302944-1)

### VOTO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência não merece prosperar, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Cumpre destacar, inicialmente, o que prescreve a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 4º 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.~~ (suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012)

Na decisão agora hostilizada, a Corte estadual, ao manter o referido redutor em patamar diverso, consignou o seguinte (fl. 289):

Não pairam dúvidas de que o apelante faz jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois preenche as condições lá exigidas (primariedade, bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa).

Contudo, o **quantum** dessa redução, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), depende da regra específica contida no art. 42 da mesma Lei que traz circunstâncias preponderantes às previstas no art. 59 do CP. Como ensina Nestor Távora e Bruno H. P. França, **verbis**:

Preenchidos os requisitos do § 4º, cumprirá ao juiz determinar o quanto de diminuição será aplicado ao caso concreto. Na tarefa de dosimetria da pena, inclusive para se fixar a fração redutora, necessário observar as regras do art. 59 do CP. Ocorre que, no caso dos crimes de drogas, existe regra específica, encampada



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 42 da Lei de Drogas. Assim as circunstâncias veiculadas no art. 42 preponderarão sobre aquelas previstas no art. 59 do CP.

Vale lembrar que os requisitos necessários para a concessão dos benefícios, não incluirão na quantificação da diminuição, pois estando estes presentes, o agente fará jus à redução, já o **quantum** será fixado de acordo com as diretrizes do art. 42 da Lei 11.343/06 e o art. 59 do Cp (in Lei de Drogas, Ex. Jus Podium, 2012: Salvador/BA, págs. 105/106).

Por isso, tendo em vista a análise do art. 42 citado realizada pelo Juiz sentenciante, mantenho a redução lá imposta em 1/6 (um sexto). Assim, diminuo a pena-base anteriormente fixada em 1 (um) ano e 100 (cem) dias-multa, o que totaliza 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Do trecho destacado, observa-se que, para a aplicação da causa especial de redução no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 8.760g (oito mil setecentos e sessenta gramas) de cocaína, entorpecente altamente alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários.

Tais circunstâncias indicam conduta cujo grau de censura não autoriza a aplicação do benefício excepcional do § 4º do art. 33 em seu patamar máximo.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Tóxicos.

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 2.138 gramas de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso.

8. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

9. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 203.507/SP, Rel. a Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Não há que se falar, outrossim, em indevida violação do princípio do **ne bis in idem** na consideração da natureza e quantidade da droga em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois se trata de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos, conforme entendimento pacífico nesta Corte.

Nesse sentido:

**A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE), EM DECORRÊNCIA DE DUAS MAJORANTES DO ART. 40 DA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). MINORANTE APLICADA EM GRAU INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E ALTO PODER VICIANTE DA DROGA (COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e 525 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 13/06/2008, com 32 invólucros de cocaína, além de R\$ 200,00 e uma nota de dez dólares. Na ocasião, foi apreendido um adolescente, que detinha R\$ 192,00 e traficava com o Apenado.

**2. 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.**

(...).

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 04 (quatro) anos e 01 (um) meses de reclusão. (**Habeas Corpus** 156.060/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 2.12.2011).

**B - HABEAS CORPUS.** TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 59 DO CP. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REDUÇÃO EM METADE. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ART. 44 DA LEI ANTIDROGAS. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

[...]

3. Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em habeas corpus, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

4. Diz o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que as penas referentes ao crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. Ao determinar a fração aplicável deve-se atentar para a existência de diferentes patamares, a serem escolhidos não por puro arbítrio judicial, mas pelas peculiaridades do caso concreto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do *ne bis in idem*.

[...].

11. Ordem parcialmente concedida. (HC 215.088/MS, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 16/5/2012).

**C - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. **BIS IN IDEM**. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.**

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o quantum mínimo da minorante.

2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à quantidade e à diversidade das drogas apreendidas (aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).

3. Não configura **bis in idem** a utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

[...]

8. Ordem denegada. (HC 228.592/MG, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 7/5/2012).

Por fim, quanto à alegação de ilegalidade da exasperação da pena base e da fixação do regime inicial fechado, verifico que se tratam de matérias completamente novas e não trazidas na impetração. Nesse contexto, ficou configurada a inovação da matéria na via do agravo regimental, o que é vedado de acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal, haja vista a ocorrência de preclusão consumativa.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA INICIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DE



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. 1. Caracteriza inovação recursal a pretensão de se discutir a majoração da pena-base em sede de agravo regimental, sendo que, no **habeas corpus** anteriormente impetrado, buscavam-se apenas a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime prisional menos gravoso e o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 2. A quantidade de droga apreendida com o paciente (8,2 kg de pasta-base de cocaína e 1,5 kg de haxixe), tal como assentado pelas instâncias ordinárias, denota o seu elevado grau de envolvimento com o tráfico, a justificar o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo que a pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal a quo, demandaria dilação probatória, incabível em sede de habeas corpus. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n.º 232.628/MS, Relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe de 11/6/2012.)

Ante o exposto, deve ser mantida a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos, razão pela qual nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0302944-1

**AgRg no**  
**HC 276.992 / MT**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011985120124013601 00202012 10572012 11985120124013601 202012  
4918320124013601 5783920124013601

EM MESA

JULGADO: 03/10/2013

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO  
PACIENTE : OSCAR PENA SIYE

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 : OSCAR PENA SIYE  
ADVOGADO : SERGIO DA COSTA MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

#### **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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.