



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.158 - SP (2014/0066996-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : ALESSANDRO DE ABREU MARTINS
ADVOGADO : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. ADEQUAÇÃO. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da grande quantidade de droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos (**precedentes**).

II - Não fere o princípio do no **bis in idem**, tampouco a orientação do eg. Supremo Tribunal Federal, a utilização das circunstâncias desfavoráveis - quantidade e natureza da droga apreendida - tanto na fixação da pena privativa de liberdade como na análise da possibilidade de sua eventual substituição, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Agravo regimental 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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.158 - SP (2014/0066996-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por ALESSANDRO DE ABREU MARTINS contra decisão de minha relatoria (fls. 358-363), na qual dei parcial provimento ao seu recurso especial, tão somente para alterar o regime prisional fixado na origem.

Em suas razões, sustenta o agravante que, *"além de não ter sido analisado o reclamo especial nos termos da matéria trazida à debate (dissenso pretoriano a respeito do tema), a conclusão exarada na r. decisão ora agravada neste tocante (quantidade de droga como óbice para a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos), trouxe inovação de fundamentação que, inclusive, não foi utilizada pelo v. acórdão recorrido"* (fl. 382).

Alega, outrossim, que, não obstante o parcial provimento do apelo nobre *"para o fim de alterar o regime prisional fixado pelo v. acórdão recorrido (de fechado para semiaberto), [...] deve ser reformada a r. decisão ora agravada para o fim de ser fixado o regime prisional aberto"* (fl. 383).

Aduz, para tanto, que o eg. Tribunal de origem *"não se valeu da quantidade de droga para a fixação de regime prisional mais gravoso... Na verdade, valeu-se exclusivamente da gravidade da conduta para tanto (o que, nos termos das Súmulas de nossos Tribunais Superiores, é inadmissível)!!! Não obstante a isso, como se buscou demonstrar no recurso especial interposto, há clara injustiça na fixação de regime mais gravoso no caso do agravante, tendo em conta a diminuta pena que lhe fora aplicada, no caso, 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão"* (fl. 384).

Requer, nesses termos, a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, a submissão da matéria ao Colegiado.

Por manter o r. **decisum**, apresento o feito à eg. Turma para julgamento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.158 - SP (2014/0066996-4)

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DE PENA. ADEQUAÇÃO. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da grande quantidade de droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos (**precedentes**).

II - Não fere o princípio do **no bis in idem**, tampouco a orientação do eg. Supremo Tribunal Federal, a utilização das circunstâncias desfavoráveis - quantidade e natureza da droga apreendida - tanto na fixação da pena privativa de liberdade como na análise da possibilidade de sua eventual substituição, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os argumentos do agravante, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** ora agravado:

*"[...]
Decido.*

*A jurisprudência dessa eg. Corte pacificou o entendimento no sentido de que, no momento da fixação da reprimenda, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga apreendida. Acerca da **quaestio**, colaciono os seguintes precedentes desta eg. Corte:*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PREPONDERÂNCIA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DE TESES AVENTADAS APENAS NO AGRAVO REGIMENTAL. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

1. Consoante firme entendimento desta Corte, na fixação da reprimenda básica, deve-se valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

[...]

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 230.560/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 25/9/2014).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO REDUZIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. In casu, ao contrário do que sustentado pela defesa, o magistrado de 1º grau, na dosimetria da pena, faz referência à "significativa quantidade de variadas drogas", e que o aumento de 1/3 (um terço) na pena-base, mantida pelo Tribunal a quo, não se deu apenas em razão da conduta e personalidade do paciente, mas sobretudo pelo "conjunto de fatores desfavoráveis ao réu", notadamente a natureza e quantidade das drogas apreendidas (22 porções de cocaína - 6,5g, 353g da mesma droga, 83 porções de maconha e três "tijolos" pesando 463,8g da mesma erva), elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC 298.159/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/10/2014).

In casu, a r. sentença condenatória exasperou a pena-base em atenção ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, ou seja, levando em consideração a quantidade e natureza da droga apreendida.

No ponto, consta da r. sentença:

"O juízo de reprovação que recai sobre ele, consideradas circunstâncias e consequências de sua conduta, é algo superior ao comum para o tipo. São 142 porções de cocaína e mais R\$ 80,00 em dinheiro. A quantidade de droga comerciada é notável. Assim sendo, fixo a pena base no mínimo previsto pelo artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, acrescido de um sexto: cinco anos e dez meses de reclusão e 583 dias-multa"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fl. 124).

Portanto, não merece reparo o v. acórdão reprochado neste quesito, uma vez que, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, fez preponderar a quantidade e qualidade da droga por ocasião da fixação da pena-base.

Por outro lado, insta consignar que a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não possui o condão de afastar o caráter de crime equiparado a hediondo.

Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica a desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas. Na mesma linha de intelecção aqui adotada, cito o seguintes **precedentes desta Corte**:

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. CONTRARIEDADE AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA. FRAÇÃO REDUTORA DEVIDAMENTE MOTIVADA. 2. OFENSA AOS ARTS. 44 DA LEI N. 11.343/2006 E 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. NÃO VERIFICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. NORMAS CONSIDERADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. 3. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. MANUTENÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO. 4. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE, PARA MANTER A PENA, O REGIME E A SUBSTITUIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO APENAS PARA FIRMAR A NATUREZA HEDIONDA DO "TRÁFICO PRIVILEGIADO". [...]

3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.329.088/RS, representativo da controvérsia, sedimentou o entendimento no sentido de que **a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas**.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para manter a pena, o regime e a substituição aplicadas pela Corte local, dando parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público, apenas para firmar o caráter hediondo do crime de tráfico "privilegiado" (AgRg no REsp 1316238/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Campos Marques** - Desembargador convocado do TJ/PR, Rel. p/ Acórdão Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 19/12/2013).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DO PROCESSO. VIOLAÇÃO DE LACRE NAS DROGAS APREENDIDAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, DA LEI 11.343/06, EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ, EM VIRTUDE DA INCIDÊNCIA DA SUPRACITADA MINORANTE. INADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM

[...]

4. O reconhecimento da incidência da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas apenas altera o quantum da pena aplicada, mas não a natureza hedionda do delito praticado. [...]

6. Habeas corpus não conhecido" (HC 137.737/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 25/11/2013).

Passo ao exame da alegada violação ao art. 44 da n. 11.343/2006.

Importante gizar que o plenário da Suprema Corte nos autos do HC n. 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

Tenho para mim que, não obstante seja possível, em tese, a substituição, haja vista o montante final da penal aplicada não ultrapassar quatro anos, as circunstâncias do caso concreto indicam não ser ela recomendável, conforme decidido na eg. Corte de origem.

Isso porque a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, no caso, a quantidade e natureza da droga que, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve inclusive preponderar dentre as demais circunstâncias.

Assim, em observância ao disposto no art. 44, inciso III, do CP, não se revela possível a manutenção da substituição da pena. Conforme já decidiu esta Corte: "A possibilidade de substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos foi concretamente afastada, diante da quantidade de drogas, que indica não ser a medida suficiente à prevenção e repressão do delito" (HC 314.207/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 13/04/2015).

O regime prisional fechado, fixado em segundo grau, merece reforma. Como dito, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (existência de circunstância judicial desfavorável). Tendo em vista que a pena final não ultrapassa quatro anos de reclusão, a teor do disposto no art. 33, § 2º e 3º do CP, revela-se adequando o regime inicial semiaberto. Neste sentido: "No que diz respeito à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observo que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal não foram todas favoráveis. Assim, não obstante a pena tenha sido fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a adoção do regime mais gravoso" (HC 226.426/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 27/08/2014).

Ante o exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC c/c art. 3º do CPP, dou parcial provimento ao recurso especial para alterar o regime prisional nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima" (fls. 358-363).

Não bastasse, não há falar em ocorrência de **bis in idem** na utilização de circunstâncias desfavoráveis tanto na dosimetria da pena privativa de liberdade quanto na análise de sua eventual substituição, ou no exame do regime inicial para cumprimento da reprimenda.

Não se desconhece, por certo, a orientação do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o ARE n. 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração **apenas** em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido **bis in idem**, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará. Por oportuno, confira-se.

*"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG, Relator Min. **Gilmar Mendes**, julgado em 3/4/2014, DJe de 6/5/2014).*

In casu, é necessário esclarecer, antes de mais nada, que se trata de hipótese diversa a esta orientação, uma vez que não se está a discutir a utilização das circunstâncias desfavoráveis em mais de uma fase da dosimetria, mas sua utilização cumulativa em momento posterior - substituição da pena e regime inicial para cumprimento da reprimenda.

No sentido desta possibilidade se apresenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

3. Possibilidade de indeferir a substituição da pena por restritiva de direitos e de fixar o regime de cumprimento da pena forte na quantidade e natureza da droga. Precedente.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal.

5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento" (RHC n. 122.804, **Primeira Turma**, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 30/9/2014, DJe de 14/10/2014).

No mesmo diapasão, os precedentes desta e. Corte :

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. É possível a utilização da quantidade e da natureza das drogas apreendidas neste momento da dosimetria, ainda que consideradas na primeira ou terceira fases da fixação da pena, sem que se cogite de qualquer ilegalidade. Precedentes do STJ e do STF.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas impostas ao paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantido o regime inicial fixado na sentença" (HC n. 270.851/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min Jorge Mussi, julgado em 9/9/2014, DJe de 15/9/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (34kg DE MACONHA). APLICAÇÃO DO REDUTOR EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

[...]

*3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp n. 1.376.334/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, julgado em 21/8/2014, DJe de 29/8/2014).*

Nesses termos, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0066996-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.444.158 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00116794320128260562 116794320128260562 2372012 5620120120116797

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALESSANDRO DE ABREU MARTINS
ADVOGADO : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : ALESSANDRO DE ABREU MARTINS
ADVOGADO : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.