



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 832.843 - SP (2016/0001478-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : SAO WALAK
AGRAVANTE : AIDA NARCISA CASTILLO ALENCASTRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REVISÃO DE PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE.

I - O eg. Tribunal **a quo** estabeleceu o patamar de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tomando por base a natureza altamente nociva e a considerável quantidade de droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

II - A circunstância atinente à quantidade e à natureza da droga (art. 42 do Código Penal) pode incidir na primeira ou na terceira fase da dosimetria sem, com isso, caracterizar o indesejável **bis in idem** (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014). Quando incidir na terceira fase da dosimetria penal, poderá afastar a aplicação da minorante ou modular o nível de redução da pena (precedente).

III - **In casu**, a Corte de origem, considerando a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, aplicou, na terceira fase da dosimetria, a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de drogas na fração mínima. A alteração das conclusões a que chegou a eg. Corte estadual demanda nova incursão no conjunto probatório, providência inviável em sede de recurso especial.

Agravo regimental não provido.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 832.843 - SP (2016/0001478-8)

AGRAVANTE : SAO WALAK
AGRAVANTE : AIDA NARCISA CASTILLO ALENCASTRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por **SAO WALAK FOSTER** e **AIDA NARCISA CASTILLO ALENCASTRO** contra a decisão de fls. 897-900, da minha lavra, que conheceu do agravo, mas negou provimento ao recurso especial.

Nos caso dos autos, as agravantes foram condenadas pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06.

O Tribunal de origem reformou a sentença condenatória, reduzindo a fração relativa à causa especial de diminuição de pena de 2/3 (dois terços) para 1/6 (um sexto), estabelecendo a sanção em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Nas razões do apelo nobre, as agravantes indicaram violação ao art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Para tanto, sustentaram, em síntese, que a diminuição da fração de redução de pena ocorreu sem a apresentação de fundamentos idôneos, já que estão integralmente preenchidos os requisitos legais para a aplicação do benefício em seu grau máximo.

Argumentaram, ainda, que, uma vez acolhida a tese defensiva relativa à incidência da minorante, deve ser alterado o regime inicial para o aberto, bem como analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O recurso especial não foi admitido em razão da incidência das Súmulas 07/STJ e 83/STJ, sendo o agravo, em face de tal decisão, conhecido para negar provimento ao apelo nobre (fls. 897-900).

Nas razões deste regimental, insistem as agravantes na necessidade de reforma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do v. acórdão objeto do recurso especial, postulando a redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar mais elevado (2/3).

Argumentam, para tanto, que "[c]omo a Lei de Drogas não estabeleceu critérios objetivos que pudessem autorizar o intérprete a quantificar para aquém do máximo a diminuição da pena quando preenchidos os requisitos subjetivos previstos no mencionado dispositivo legal e, ao fazê-lo, eventualmente, o Estado-Juiz estará criando critérios para justificar à aplicação menor do redutor, o que, por certo, caracterizará violação ao princípio da legalidade como sói ocorrer no caso dos autos" (fl. 912).

Havendo a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), aduzem que deve ser alterado o regime inicial para o aberto, bem como analisada a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Pugnam, ao final, pela reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, pela submissão do recurso à Turma julgadora.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 832.843 - SP (2016/0001478-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : **SAO WALAK**
AGRAVANTE : **AIDA NARCISA CASTILLO ALENCASTRO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REVISÃO DE PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE.

I - O eg. Tribunal **a quo** estabeleceu o patamar de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tomando por base a natureza altamente nociva e a considerável quantidade de droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

II - A circunstância atinente à quantidade e à natureza da droga (art. 42 do Código Penal) pode incidir na primeira ou na terceira fase da dosimetria sem, com isso, caracterizar o indesejável **bis in idem** (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014). Quando incidir na terceira fase da dosimetria penal, poderá afastar a aplicação da minorante ou modular o nível de redução da pena (precedente).

III - **In casu**, a Corte de origem, considerando a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, aplicou, na terceira fase da dosimetria, a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de drogas na fração mínima. A alteração das conclusões a que chegou a eg. Corte estadual demanda nova incursão no conjunto probatório, providência inviável em sede de recurso especial.

Agravo regimental não provido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Não obstante os argumentos apresentados, o presente agravo não merece prosperar, devendo ser mantida a decisão agravada.

Os agravantes foram presos em flagrante no Aeroporto Internacional de São Paulo, em 20/7/2010, quando o agravante SAO trazia em sua bagagem 2.015 g (dois mil e quinze gramas) de cocaína, enquanto AIDA lhe prestava a assistência necessária para embarcar com destino ao exterior.

Ao reformar a r. sentença e, na terceira fase da dosimetria aplicar o privilégio contido no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6 (um sexto), o Tribunal de origem, registrou que a escolha do **quantum** se devia, dentre outros fatores, em razão da quantidade e da natureza altamente nociva da droga em questão.

Confira-se:

"Dessa forma, visto que o acusado é primário, possui bons antecedentes, não há provas nos autos de dedicação a atividades criminosas, nem tampouco que ele integre organização criminosa, entendo que, in casu, deve incidir aquela causa de diminuição de pena, cabendo agora dimensionar o seu patamar de aplicação, previsto pelo legislador entre 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

[...] No presente caso, verifico que o acusado transportou cocaína e aqui, repiso, não considero a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, mas a droga sob os aspectos da lucratividade, nocividade e reprovabilidade, aspectos transcendentais da prática delitiva em si.

[...] Sob esse enfoque, entendo que em casos como tais, deve o julgador analisar também na terceira fase da dosimetria, com vistas ao resguardo da saúde pública, o grau de pureza ou de impureza de cada espécie entorpecente, o que não se confunde com a natureza da droga, prevista no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e sopesada na primeira fase.

[...] Concluo, pois, diante de tudo que foi analisado, que aquela minorante, no caso em análise, deve ser aplicada no patamar mínimo legal de 1/6 (um sexto), não apenas em razão dos aspectos apontados, voltados à tutela da saúde pública (nocividade, lucratividade e alta reprovabilidade), mas também como forma de adequar a pena final ao quantum suficiente a fazer frente à reprovabilidade da conduta do réu e às suas consequências ao bem jurídico, cumprindo-se, assim, princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena" (fls. 755-759).

No caso em exame, examina-se a correção ou não da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração mínima, em função da quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e da natureza da droga apreendida.

Como é sabido, a circunstância atinente à quantidade e à variedade da droga (art. 42 do Código Penal) pode incidir na primeira ou na terceira fase da dosimetria sem, com isso, caracterizar o indesejável **bis in idem**.

Esse, inclusive, o entendimento do eg. **Supremo Tribunal Federal** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, também tem sido adotada neste **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende dos seguintes precedentes (HC n. 283.997/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; AgRg no REsp n. 1.349.247/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 17/9/2014. **v.g.**).

Por sua vez, quando a circunstância atinente à quantidade e à variedade da droga incidir na terceira fase da dosimetria penal, **poderá afastar a aplicação da minorante ou modular o nível de redução da pena**.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS INIDÔNEOS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. *Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

4. *Hipótese as instâncias antecedentes, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 27 porções de cocaína, 15 porções de maconha, 13 porções de crack e 5 frascos de lança perfume, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/2, o que não se mostra desproporcional.*

5. *Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.*

6. *Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado e suficiente ao cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP. Precedentes.*

7. *Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.*

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução" (HC n. 397.379/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 28/8/2017).*

Foi exatamente esse o procedimento adotado pelo eg. Tribunal de origem na espécie, quando, na terceira fase da dosimetria, considerando a natureza e a grande quantidade de droga, aplicou a causa de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33 da Lei de drogas na fração mínima, ou seja, **modulou a aplicação da minorante a partir da apreciação dos elementos contidos no art. 42 da Lei de Drogas.**

Nesta hipótese, como se verifica, as balizas fáticas determinantes para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estipulação da fração de redução da pena foram estabelecidas a partir da apreciação dos fatos e das provas carreadas aos autos e a alteração das conclusões a que chegou a eg. Corte estadual demanda nova incursão no conjunto probatório, providência inviável em sede de recurso especial.

Por fim, repisa-se, mantida a pena aplicada pelo Tribunal de origem, inviável a alteração do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da reprimenda por outras restritivas de direitos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0001478-8

AgRg no
AREsp 832.843 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066194820104036119 201061190066198 2015259663 2015311778 21032020104 47130
66194820104036119

EM MESA

JULGADO: 21/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SAO WALAK
AGRAVANTE : AIDA NARCISA CASTILLO ALENCASTRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : 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 : SAO WALAK
AGRAVANTE : AIDA NARCISA CASTILLO ALENCASTRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.