



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.341.940 - SP (2012/0183585-8)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : ANNALISE MERCIA CLOETE
ADVOGADO : FABIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. 3 KG DE COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. MANUTENÇÃO DO *DECISUM A QUO*. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Não inova a decisão agravada quando exclusivamente enfatiza ou transcreve a própria fundamentação disposta no acórdão *a quo*.

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza *bis in idem* tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena.

4. As instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida (3 Kg de cocaína).

5. Não merece reparo o acórdão local ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, a despeito da primariedade e bons antecedentes da parte ré.

6. Adequada a fixação do regime inicial fechado - não em decorrência da Lei n. 11.464/2007 -, porém por argumento diverso, qual seja, em razão da grande quantidade e qualidade do entorpecente traficado pela ré, a saber, 3 Kg de cocaína.

7. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a ré, conforme observado na *decisum* condenatório, não preenche os requisitos (pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão) previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

8. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.341.940 - SP (2012/0183585-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto por **Annalise Mercia Cloete** contra decisão que negou seguimento ao seu recurso especial e manteve sua condenação pela prática do crime do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006 (fls. 605/612).

A ementa do *decisum* agravado merece transcrição (fl. 605):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. 3 KG DE COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. MANUTENÇÃO DO *DECISUM A QUO*. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

Recurso especial a que se nega seguimento.

As seguintes proposições são extraídas do agravo regimental (fls. 623/635):

- a) é inaplicável a Súmula 7/STJ, porquanto, no recurso especial, almeja-se renovada qualificação jurídica dos fatos;
- b) é cabível a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo, de 2/3;
- c) o acórdão *a quo* violou o art. 93, XI, da Constituição da República;
- d) o regime fechado para início de cumprimento de pena aplicado não é o adequado. Além disso, a decisão agravada inovou na fundamentação do acórdão estadual.

Por fim, requer a parte agravante a reforma da decisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispensou-se a oitiva da parte contrária.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.341.940 - SP (2012/0183585-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O agravo regimental não merece provimento.

A violação do 93, XI, da Constituição da República revela-se *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Confira-se julgado em consonância: AgRg no REsp n. 1.055.431/SC, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 9/11/2009.

Superado o aspecto mencionado, ressalto que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, *fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena* (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Ministro Gilmar Mendes, DJe 6/5/2014).

No mesmo sentido, os julgados do Supremo e deste Superior Tribunal: RHC n. 117.990/ES, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5/6/2014 e HC n. 303.509/MG, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 19/12/2014.

Em contrapartida, o voto condutor do acórdão *a quo* somente utilizou o fundamento relativo à quantidade e qualidade do entorpecente – 3 Kg de cocaína – para majorar a pena-base da recorrente. Por outro lado, como fundamento para estabelecer a fração de redução (1/6) referente ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na terceira fase, utilizou-se argumento diverso, *in verbis* (fls. 484/486 – grifo nosso):

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA.

Pena-base: Na primeira-fase, mormente em razão da espécie e quantidade da droga apreendida, o Juízo *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão. O MPF pede e a exasperação da pena e a defesa sua redução para o mínimo legal.

Não vejo motivo para redução da pena para o mínimo legal como pretende a defesa, haja vista que a possibilidade de exasperação da pena em razão da natureza e quantidade do entorpecente transportado está expressamente prevista no artigo 42 da nova Lei de Drogas. Já a acusação tem razão, na medida em que a quantidade de cocaína que a ré transportava autoriza aumento maior na reprimenda.

Assim, acolho em parte o apelo da acusação para aumentar a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão.

Confissão: Na segunda-fase, a sentença reconheceu a presença da confissão no importe de 6 (seis) meses. A acusação pleiteia sua exclusão e a defesa pede maior diminuição da pena em razão da atenuante.

Deve ser mantida a atenuante da confissão espontânea, uma vez que a ré confessou que viajou ao Brasil para transportar cocaína e suas declarações, aliadas a outros elementos de prova, serviram de base para a condenação. O quantum de redução aplicado na sentença (6 meses) está de acordo com o entendimento aplicado por esta Egrégia Turma em casos análogos, que por essa razão fica mantido.

Assim, na segunda-fase, a pena da ré resulta em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Transnacionalidade: A transnacionalidade (artigo 40, I, da Lei de Drogas) restou comprovada nos autos e fica mantida tal como fixada pelo Juízo, na fração de 1/6 (um sexto), o que leva a pena para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06: Na terceira fase, o Juízo de primeiro grau não aplicou a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. A defesa pede sua aplicação no grau máximo.

É certo que a ré parece pessoa humilde e não ostenta maus antecedentes. As circunstâncias indicam que se está diante da chamada "mula", pessoa contratada para transportar substância entorpecente, o que, *de per si*, denota o caráter lucrativo e profissional da atividade, não sendo suficiente, contudo, para comprovar que seja integrante de organização criminosa.

Em casos análogos, vem decidindo esta Turma que, quando não restar comprovado que o agente integre, em caráter permanente e estável, a organização criminosa, mas possuindo ele a consciência de que está a serviço de um grupo com tal natureza, faz jus à causa de diminuição que, contudo, deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, um sexto (1/6) e não na fração máxima prevista pelo artigo 33, §4º, de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nitidamente reservada para casos menos graves, a depender da intensidade do auxílio prestado pelo réu.

No caso dos autos, é certo que a ré teve contato com agente de organização criminosa, que lhe entregou a droga que era transportada, circunstância que contribui para impedir que a redução ocorra acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de um sexto, mínimo legal.

Dentro desse contexto, acolho em parte o apelo da defesa e aplico a causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas na fração mínima (1/6 - um sexto), o que torna definitiva para a ré a pena de 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão.

[...]

Fixada essa premissa, quanto à suposta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, não assiste razão à parte recorrente.

Em outras palavras, *in casu*, observa-se que as instâncias ordinárias, quando da análise das circunstâncias judiciais, consideraram desfavoráveis à parte ré especialmente a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim determina:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (grifo nosso).

Com efeito, as instâncias de origem, ao estabelecerem a pena-base da parte recorrente acima do mínimo legalmente previsto, destacaram que **foram apreendidos em seu poder 3 Kg de cocaína** (fls. 416/425).

Logo, as instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima a paciente nesse ponto.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Tribunal: HC n. 156.346/PE, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 8/9/2011.

Por conseguinte, não merece reparo o acórdão local ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, a despeito da primariedade e bons antecedentes da parte ré.

Em síntese, da atenta leitura do acórdão *a quo*, denota-se que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação disposta no voto condutor é suficiente para a manutenção do *decisum* regional, portanto inexistente *bis in idem* e não violado o art. 59 do Código penal (fls. 471/488).

Ademais, se o acórdão recorrido, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, dentre eles a quantidade e natureza das drogas apreendidas, concluiu que a recorrida não preenchia os requisitos para se beneficiar da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é inviável concluir de modo diverso, dada a necessidade de revisão desses elementos fáticos, vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

A propósito: AgRg no AREsp n. 472.816/GO, Ministro Moura Ribeiro, Sexta Turma, DJe 2/4/2014 e AgRg no AREsp n. 274.176/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 28/10/2013.

Igualmente, considero adequada a fixação do regime inicial fechado – não em decorrência da Lei n. 11.464/2007 –, porém por argumento diverso, qual seja, em razão da grande quantidade e qualidade do entorpecente traficado pela recorrente, isto é, 3 Kg de cocaína (fls. 471/488).

Nesse sentido, devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, *em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida - 170,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006)* – HC n. 299.603/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/11/2014.

Registro que a decisão agravada não inovou em relação à fixação do regime inicial para cumprimento de pena, porquanto exclusivamente se utilizou dos próprios fundamentos do acórdão estadual (fls. 471/488).

Quanto ao outro ponto nodal da controvérsia, qual seja, a pretensão de substituição da pena, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a recorrente, conforme observado na *decisum* condenatório,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não preenche os requisitos – pena privativa de liberdade de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão – previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

Precedentes da Sexta Turma a corroborar esse entendimento: HC n. 187.891/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/2/2012; HC n. 200.399/RS, Ministro Og Fernandes, DJe 19/9/2011 e HC n. 141.360/MG, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 2/5/2011.

Dessa forma, o agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

Em face do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0183585-8

AgRg no
REsp 1.341.940 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1302011 201161190034517 3451042011 34510420114036119

EM MESA

JULGADO: 05/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANNALISE MERCIA CLOETE

ADVOGADO : FABIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO

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 : ANNALISE MERCIA CLOETE

ADVOGADO : FABIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO 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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.