



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.754 - SP (2013/0165952-8)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
AGRAVANTE : MICHAL WARCHAL (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM ESTABELECIDO. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. REVISÃO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PATAMAR MÁXIMO. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA FINAL FIXADA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

– A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida (quase 4 Kg de de cocaína).

– A alteração do percentual de diminuição da pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, no caso dos autos, demandaria a incursão no conjunto probatório, medida vedada em sede de recurso especial.

– A natureza e quantidade da droga, aliadas à circunstâncias judiciais, justificam a determinação do regime fechado.

– A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos, impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Agravo regimental desprovido.

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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.754 - SP (2013/0165952-8)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
AGRAVANTE : MICHAL WARCHAL (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo Exmo. Senhor Ministro Og Fernandes (fls. 339-344), que negou provimento ao recurso especial da defesa, mantendo-se a condenação por tráfico de drogas imposta ao ora agravante.

A defesa sustenta que *"a dosimetria da pena, no caso concreto, encontra-se colorida pela dupla valoração da quantidade da droga apreendida, isto é, tanto valorada na aplicação da pena base como na consideração da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2011, recebendo a pecha de dupla punição"* (fl. 593).

Aduz que a pena fixada e o regime de cumprimento da pena devem se compatibilizar com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Requer a fixação do regime semiaberto e a substituição da pena corporal.

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão agravada, ou, caso contrário, a sua submissão ao órgão colegiado competente, a fim de que seja reformada a decisão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.754 - SP (2013/0165952-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

Nada obstante o empenho do agravante mantenho o *decisum* por seus próprios fundamentos.

Consta dos autos que o ora agravante foi condenado pelo crime definido no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 660 dias-multa.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso da acusação para majorar a pena-base e deu parcial provimento à apelação da defesa, para fazer incidir a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando a reprimenda definitiva em 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, além do pagamento de 647 dias-multa.

A defesa insurge-se contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aduzindo que a quantidade e natureza da droga encontrada com o agravante não justifica a majoração da pena.

Conforme jurisprudência firme desta Corte, *"inexiste ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade e natureza da substância envolvida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006"* (ut, AgRg no AREsp 419.225/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 7/10/2014).

No mesmo sentido, os seguintes julgados, além dos já citados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. VETORES UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.

1. É pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que, no momento da escolha da pena-base, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Logo, considerando-se a apreensão, na espécie, de 3,318kg de cocaína, evidencia-se justificada a elevação da pena-base.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA ESCOLHIDA COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA.

1. No tocante ao quantum de redução a ser aplicado por força da incidência da causa de diminuição do tráfico prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, consigne-se que esta Corte Superior passou a alinhar-se à orientação adotada no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a utilização da quantidade e espécie do entorpecente tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do mencionado redutor caracteriza bis in idem.

2. No caso, contudo, a causa de diminuição restou firmada em patamar diverso do máximo por motivo diverso.

CAUSA DE AUMENTO. TRANSNACIONALIDADE. PATAMAR DE AUMENTO. JUÍZO DE RAZOABILIDADE DO JULGADOR, RESPEITADAS AS BALIZAS LEGAIS E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO, PRESENTE NO CASO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS.

1. Quanto à fração utilizada para aumentar a pena em razão da transnacionalidade do crime, este Sodalício tem entendido que a dosagem da elevação depende do critério de razoabilidade e proporcionalidade do julgador, desde que cumpridos os limites legais e declinada fundamentação suficiente.

2. Aumento da pena em 1/4 em razão da maior potencialidade lesiva da conduta - distribuição da droga para diversos países.

3. Desconstituir a conclusão a que chegou a instância ordinária no que tange ao quantum de elevação mais adequado ao caso exige revisão de matéria fática, inviável nesta via. Aplicação do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.357.075/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 27.8.2014).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. DEMAIS FUNDAMENTOS. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE "QUE FIGURA NA PONTA DE UMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INTERNACIONAL". AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO- PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, VII. AFASTAMENTO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE E QUANTUM DE AUMENTO PELAS MAJORANTES. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DISTINTOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

[...]

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade da droga apreendida - 695 g de cocaína -, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Do mesmo modo, configura motivação idônea ensejar a majoração da sanção básica a referência às circunstâncias concretas do delito, a saber, o aliciamento de "mula", a maneira de acondicionamento da droga (no interior do organismo da "mula"), "tudo adredemente preparado visando dificultar a fiscalização dos agentes federais brasileiros".

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 2007.61.19.002330-9, para 8 anos e 9 meses de reclusão e 875 dias-multa, mantidas as demais cominações da condenação (HC 254-779/SP, Rel. Min. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 30.5.2014).

In casu, o ora agravante foi preso quando tentava embarcar com destino ao exterior, com 3.990 g de cocaína, peso líquido.

Também não merece acolhida a irresignação, quanto à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Sobre o tema, assim se pronunciou o v. aresto recorrido:

Ao contrário do que se afirma na sentença, não há nos autos elementos que indiquem que o acusado se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa, não bastando, para essa ilação, que sua conduta contribua para as finalidades ilícitas de grupos criminosos.

Preenchidos os requisitos legais, porquanto o acusado é primário e tem bons antecedentes, aplico a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, para reduzir sua pena de 1/6 (um sexto), para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa (fls. 402-403).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se que, diante das circunstâncias do caso concreto, o Tribunal de origem, de modo razoável e proporcional, adotou a fração de 1/6 como patamar de diminuição. A pretensão de rever o julgado a fim de se aplicar referida causa em grau máximo implica no reexame do conjunto fático-probatório delineado nos autos, o que é vedado na via eleita *ex vi* do enunciado n. 7 da Súmula deste STJ. Ressalte-se que, ao definir o *quantum* da diminuição, utilizou o Tribunal a *quo* de outros fundamentos, não a quantidade da droga, de modo que não há que falar em dupla valoração ou *bis in idem*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. COCAÍNA. PLEITOS DE REDUÇÃO DA PENA-BASE E DE AUMENTO DA FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MEDIDAS QUE EXIGEM REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR 7/STJ. VALORAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA NA FIXAÇÃO DA PENA E NA ANÁLISE DA SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A simples pretensão de revisão da dosimetria da pena, com nova valoração de circunstâncias judiciais esbarra no óbice do verbeta sumular 7/STJ.

2. A mesma sorte segue o pleito quanto à revisão do percentual da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois esta conclusão integra o juízo de discricionariedade do julgador, que encontra suas balizas nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com preponderância na natureza e quantidade de droga apreendida e na personalidade e conduta social do agente.

3. A quantidade e qualidade da droga, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, também constitui parâmetro inafastável na averiguação da concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.350.634/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 10/4/2013).

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o aresto recorrido também está em harmonia com a jurisprudência deste Pretório, firme no sentido de que se a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque considerada circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, mostra-se cabível regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal. Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 290.415/RO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/11/2014, e HC 248.282/SP, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/6/2014. Ademais disso, como no presente caso (fl. 404), *"Mostra-se devida a manutenção do regime inicial fechado, quando verificado que o Juiz sentenciante atentou-se também ao artigo 33, § 3º, do Código Penal, em especial à natureza e à diversidade de drogas apreendidas"* (HC 268.821/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 10/02/2014).

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, observa-se que o recorrente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, pois a pena privativa de liberdade foi fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. SÚMULA N. 231/STJ. PENA FINAL FIXADA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. A alteração do percentual de diminuição da pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, no caso dos autos, demandaria a incursão no conjunto probatório, medida vedada em sede de recurso especial.

2. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena a patamar inferior àquele limite (Súmula n. 231/STJ).

3. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos, impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 453.543/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 26/08/2014).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0165952-8

AgRg no
REsp 1.386.754 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068602220104036119 152132010 201061190068602 20130101659528 21032820104
68602220104036119

EM MESA

JULGADO: 05/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

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 : MICHAL WARCHAL (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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 : MICHAL WARCHAL (PRESO)
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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.