



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.349.035 - SP (2012/0217876-3)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ERIC PETERS ANTHONI DASS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 42 DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006, NO PERCENTUAL DE UM SEXTO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA PELO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A sentença condenatória fixou a pena-base do réu, acima do mínimo legal, reprimenda que foi mantida pelo Tribunal **a quo**, fundamentando-se no disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006 e levando em conta a quantidade e a natureza da droga.

II. O recorrente foi flagrado portando 1,720g de cocaína, o que não pode ser considerado inexpressivo, seja pela natureza, seja pela quantidade de droga, o que prepondera, na fixação da pena-base, sobre o art. 59 do Código Penal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006.

III. Quando da aplicação do redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o Tribunal **a quo**, após a análise da quantidade e natureza da droga e das demais provas coligidas aos autos, estipulou-o no grau mínimo (1/6).

IV. Em face do que estabelece o art. 42 da Lei 11.343/2006, a análise das circunstâncias judiciais, para estipulação da pena-base acima do mínimo, e a fixação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em patamar diverso do máximo, em função da quantidade e da natureza da droga, não padece de ilegalidade. Não se trata de violação ao princípio do **ne bis in idem**, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos da dosimetria penal. Precedentes das Quinta e Sexta Turmas do STJ.

V. Consoante a jurisprudência do STJ, "não configura **bis in idem** a utilização da quantidade e da natureza das 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" (STJ, HC 222.313/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/02/2013). Em igual sentido: STJ, HC 190.946/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 19/03/2013.

VI. Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 16 de abril de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.349.035 - SP (2012/0217876-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto por ERIC PETERS ANTHONI DASS, por intermédio da Defensoria Pública da União, contra decisão por mim proferida, que negou seguimento a Recurso Especial, com fundamento no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal (fls. 645/653e).

Alega, no presente Agravo Regimental, que "o tema controvertido nos autos diz respeito à valoração das circunstâncias judiciais como preponderantes pelo art. 42 da Lei Antidrogas em mais de uma fase do cálculo trifásico da pena" (fl. 663e), sendo que o recorrente defende, em relação à natureza e à quantidade da droga, que há **bis in idem**, na valoração negativa de tais aspectos, na 1ª e 3ª fases da dosimetria da pena; que o STF entende que a quantidade e qualidade da droga, quando forem utilizadas para majorar a pena-base, não podem elevar o percentual da causa de aumento de pena do art. 40 da Lei de Drogas, na 3ª fase da dosimetria (fl. 665e).

Sustenta, ainda, que a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, deve ser fixada em patamar superior a 1/6 (um sexto); que há excesso na dosimetria da pena, mormente no tocante à 3ª fase do cálculo, "com flagrante violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência para reprovação e prevenção do delito" (fl. 669e); que, "em razão da presença da maioria das circunstâncias judiciais favoráveis ao agravante expressamente reconhecidas pelas instâncias inferiores, a Defensoria Pública Federal almeja obter uma fração superior ao grau mínimo de 1/6 (um sexto) incidente na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (fl. 673e).

Requer o agravante, assim, o provimento deste Regimental, a fim de que seja reformada a decisão agravada, aplicando-se a fração máxima de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ou, noutra hipótese, a sua aplicação em fração superior a 1/6 (um sexto), com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 659/674e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.349.035 - SP (2012/0217876-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A decisão ora agravada é do seguinte teor:

"Trata-se de Recurso Especial, interposto por ERIC PETERS ANTHONI DASS, com base na alíneas **a** e **c**, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

"PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE MANTIDA. RECONHECIDA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33 § 4º, DA LEI 11343/2006 A RAZÃO DE 1/6. AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE TRÁFICO. MANTIDO O PATAMAR DA CAUSA DE AUMENTO PELA TRANSNACIONALIDADE. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL IMPROVIDA. APELAÇÃO DO REU PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O apelante foi denunciado como incurso na sanção do artigo 33, caput, c.c artigo 40, inciso I, c III ambos da Lei nº 11.343/06.
2. Pena-base mantida.
3. Reconhecida a causa de diminuição prevista no Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a razão de 1/6.
4. Afastada a causa de aumento prevista no Art. 40, III, mantida a prevista no inciso I, da mesma norma legal, no patamar para 1/6.
5. Apelação do Ministério Público improvida, apelação do réu parcialmente provida" (fl. 500e).

Depreende-se dos autos que **o recorrente foi condenado, em 1º Grau, como incurso no art. 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006, à pena de 06 anos e 05 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 590 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos (fls. 282/318e).**

O Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento à apelação do Ministério Público Federal e, por maioria, deu parcial provimento à apelação do réu, para reconhecer a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, à razão de 1/6, fixando a pena em 05 anos, 04



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses e 05 dias de reclusão e 534 dias-multa (fls. 493/501e).

Daí a interposição do Recurso Especial, pelo réu, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, apontando violação ao art. 59 do Código Penal e aos arts. 42 e 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como divergência jurisprudencial, invocando acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Habeas corpus 111.434. Requer, assim, a diminuição da pena-base ao mínimo legal e a aplicação da redução da pena, do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima de 2/3.

Com fundamento na violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a Vice-Presidência do TRF/3ª Região admitiu o recurso (fls. 616/620e).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do Recurso Especial (fls. 636/643e).

A irresignação, todavia, não merece acolhimento.

A sentença condenatória fixou a pena-base do réu, a qual foi mantida pelo Tribunal a quo, fundamentando-se no disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006 e levando em conta a quantidade e a natureza da droga, da seguinte maneira:

"(...) 1ª fase - Circunstâncias judiciais.

Na primeira fase de fixação da pena, verifico que a nova Lei de tóxicos trouxe norma específica a respeito do tema (art. 42) que dispõe: **"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"**.

Na análise do artigo 59 do CP, merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais:

A) culpabilidade: é circunstância judicial que deve ser valorada em prejuízo do acusado, no caso concreto, pois se trata de pessoa que, na época dos fatos, já contava com 30 anos de idade, com grau de instrução médio e profissão (eletricista), o que se verifica de seu interrogatório. O acusado deveria ter pensado que, com sua conduta, muitos jovens poderiam ter sido atingidos. Tudo isso lhe garante experiência suficiente para entender o caráter ilícito de sua conduta. Considerando que a preparação da viagem do réu demandou tempo e esforços, ressalto que o acusado não agiu de inopino, ao contrário, sabia que iria transportar entorpecentes, teve tempo para refletir a respeito dessa conduta e ainda assim persistiu no intento criminoso.

B) antecedentes: nada a registrar no que concerne aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes.

C) conduta social e da personalidade: no tocante a conduta social e a personalidade do acusado, nada digno de nota foi constatado, além do desvio que o levou a prática delitiva.

D) **motivo: o motivo do crime é circunstância que prejudica sensivelmente o acusado, pois sua conduta, que teve por finalidade o lucro fácil e elevado proporcionado pela narcotraficância, reveste-se de maior gravidade do que a de criminosos que incidem no crime em questão na modalidade cessão gratuita.**

E) circunstâncias e consequências: **As circunstâncias e consequências do crime também prejudicam seriamente o réu no quantum das penas. De fato, o acusado foi preso transportando 1.720 g (um mil e setecentos e vinte gramas) peso líquido, de cocaína, psicotrópico de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários. Se chegasse a seu destino, a quantidade elevada da droga apreendida seria idônea para corroer a saúde de uma miríade de usuários e desestabilizar suas relações familiares e sociais, gerando mais crimes, num terrível círculo vicioso. (...)**

Anoto que referida circunstância judicial deve ser especialmente considerada na fixação da pena-base do réu, tendo em vista a norma especial do artigo 42 da Lei de Tóxicos, que dispõe que a natureza e quantidade da droga terão preponderância em relação as demais circunstâncias.

F) comportamento da vítima: o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito, porquanto o objeto jurídico tutelado na espécie é a saúde pública.

Dessa forma, das seis circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, três são desfavoráveis ao réu. Destaco que preponderam nesta fase da fixação da pena a natureza e a quantidade da droga, em atendimento ao disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06.

Assim e, finalmente, considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006, entre os patamares de 5 a 15 anos de reclusão e 500 a 1500 dia é multa, fixo a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão" (sentença, fls. 297/300e).

"(...) Os recursos se referem in dosimetria da pena e serão analisados em conjunto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O d. magistrado fixou a pena-base acima do mínimo legal em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na segunda fase não reconheceu a presença de atenuantes ou agravantes, na terceira fase aplicou a causa de aumento pela transnacionalidade, prevista no Art. 40, I da Lei de Tráfico, no patamar de 1/6, que resultou na pena definitiva de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.

Fixou a pena de multa em 590 dias-multa.

No que tange a pena-base não há reparo a ser feito na r. sentença. Com efeito, considerando que as circunstâncias do Art. 59 do Código Penal lhe são favoráveis, mas também, levando em conta a natureza e a quantidade da droga, consoante estabelece o Art. 42, da Lei 11.343/2006, entendendo suficiente e proporcional a majoração da pena base em 06 meses" (acórdão, fl. 497e)

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ARTS. 33 E 40, I, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO DE PENA. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ACÓRDÃO A QUO FIRMADO NO ACERVO DE PROVAS DOS AUTOS. O STJ NÃO É SUCEDÂNEO DE INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. O acórdão entendeu - diante do conjunto fático disposto nos autos - que não ocorreu a suposta confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), pois ponderou que a ré não confessou o crime, tendo apenas admitido que transportava as malas que foram apreendidas; por conseguinte, inadequada a revisão do entendimento **a quo**, na via especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

2. Não se deve reconhecer a atenuante da confissão espontânea se o magistrado a mitiga, na sentença condenatória, como elemento de prova e para a formação de seu convencimento (art. 65, III, d, do CP).

3. **As instâncias de origem, ao estabelecerem a pena-base acima do mínimo legalmente previsto, firmaram-se na grande quantidade de drogas apreendidas, qual seja, 6.525 g (seis quilos quinhentos e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vinte e cinco gramas) de cocaína.

4. O acórdão a quo, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerou, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida; fundamentado, portanto, o decisum de origem.

5. A escolha do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser feita de forma motivada e proporcional, levando-se em conta, também, a quantidade, a natureza e a qualidade da droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

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

7. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1347972/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 26/11/2012).

In casu, o recorrente foi flagrado, como visto, portando 1,720g de cocaína, o que não pode ser considerado inexpressivo, seja pela natureza, seja pela quantidade de droga, o que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena-base (art. 59 do CP).

A seu modo, quando da aplicação do redutor no grau mínimo, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o Tribunal a quo, após a análise da quantidade da droga e demais provas coligidas aos autos, ressaltou o seguinte:

"Na terceira fase, a prova dos autos mostra que se trata de réu primário, portador de bons antecedentes, que não integra organização criminosa, nem se dedica habitualmente a atividades criminosas, sendo apenas mais uma mula vítima do tráfico de entorpecentes, razão pela qual, faço incidir a causa de diminuição prevista no Art. 33, § 4º no patamar mínimo, equivalente a 1/6, que entendo razoável e proporcional.

Ainda na terceira fase MM Juiz sentenciante aplicou a causa de aumento pela internacionalidade do delito, prevista no Art. 40, I, da Lei 11.343/2006 a razão de 1/6.

Pede o **parquet** seja aplicada nesta fase também a causa de aumento prevista no inciso III, do referido dispositivo.

Não lhe assiste razão.

O réu foi preso dentro de um táxi, quando se dirigia ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aeroporto para embarcar para o exterior. Todavia não há prova nos autos de que comercializou a droga dentro do veículo, razão pela qual não se aplica na espécie o inciso III, do Art. 40, da referida norma legal.

Assim, **considerando que a conduta do réu, se enquadra tão somente no inciso I, do Art. 40, da Lei 11.343/2006, fica mantida a majorante a razão de 1/6, que considero suficiente e proporcional, consoante precedentes da Primeira Turma, do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.**

Passo a redimensionar a pena.

Mantenho a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses, na terceira fase aplico a causa de diminuição do Art. 33, § 4º da Lei de Tráfico no patamar de 1/6 o que perfaz 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses e ainda na terceira fase mantenho a causa de aumento pela internacionalidade, estabelecida no art. 40, I da lei de Tráfico, também no patamar de 1/6 o que resulta na pena de 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, que torno definitiva.

Quanto à pena de multa, aplico o mesmo critério utilizado no cálculo da pena privativa de liberdade, conforme precedente da Egrégia Primeira Seção desta Corte (autos nº 0001995-58.2007.4.03.6119/SP) e reduzo-a para 534 (quinhentos e trinta e quatro) dias-multa, mantido o valor unitário fixado na sentença" (fls. 498/499e).

Rever tal moldura fática esbarraria, inevitavelmente, no óbice previsto na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

No entanto, destaca-se que a fixação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em patamar diverso do máximo, em função da quantidade e da natureza da droga, não padece de ilegalidade. Confirmam-se os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. PEDIDO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DE 04 ANOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há ilegalidade no aumento da pena-base em 01 ano de reclusão e 100 dias-multa com base na qualidade da droga apreendida.

2. Quanto à causa de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, a sentença de primeiro grau ressaltou que a pena foi reduzida em 1/3, tendo em vista a grande quantidade de entorpecentes.

3. O art. 42 da Lei de Drogas é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto".

4. Não se trata de violação ao princípio do ne 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 mencionado art. 42 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.

5. O pleito de substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas não pode ser acolhido, tendo em vista que foi fixada reprimenda superior a 04 anos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

6. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

7. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1207364/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 05/12/2012).

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 59 DO CP. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO PROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PERCENTUAL DE UM SEXTO. LEGALIDADE. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NA VIA ELEITA.

1. O estabelecimento da pena acima do mínimo legal - em 6 anos de reclusão - atende ao princípio da proporcionalidade e anda em compasso com o preceito normativo do art. 42 da Lei de Drogas, considerando a espécie e quantidade de entorpecente encontrada em poder do recorrente - 5.745 g (cinco mil, setecentos e quarenta e cinco gramas - peso bruto) de cocaína.

3. A redução em seis meses pela atenuante de confissão espontânea se revela justa e adequada, sobretudo se considerada a quantidade da pena-base que, pela incidência da dita atenuante, passou a 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, patamar pouco acima do mínimo legal.

4. **De outra parte, a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no patamar de 1/6 (um sexto), diante das circunstâncias em que envolveram a prática delituosa.**

5. **O modo de agir do acusado - preso em flagrante no aeroporto internacional de Guarulhos/SP quando tentava embarcar para a Lisboa/Portugal, portando elevada quantidade de cocaína -, autoriza a aplicação do redutor em patamar diverso do máximo, conforme reiterada jurisprudência desta Corte.**

6. **Ademais, não há se falar em bis in idem na aplicação da causa de aumento de pena da transnacionalidade, prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento de que a conduta de "exportar" está contida no núcleo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.**

7. Vale lembrar que o crime em questão é de ação múltipla e prevê a conduta "trazer consigo o entorpecente", pela qual o recorrente foi condenado. Sendo assim, deve ser rechaçada a alegação de dupla valoração, eis que diversas as razões que levaram à configuração da majorante prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006.

8. De mais a mais, tem-se por inviável o reexame, em recurso especial, de aspectos 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.

9. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1244686/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 06/12/2012, DJe de 07/02/2013).

"PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

(...)

- **Não há ilegalidade em decisão que aplica a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar diverso do máximo, em razão da expressiva quantidade de droga apreendida em poder do paciente - entendimento este que se encontra em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes.**

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (comércio de expressiva quantidade de entorpecente 459,3 g de cannabis sativa), justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 174.158/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe de 14/12/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, aplica-se ao caso também o entendimento consolidado na Súmula 83 desta Corte, pois, conforme acima referido, a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em patamar diverso do máximo, em razão da expressiva quantidade e da natureza da droga apreendida em poder do recorrente, está em perfeita consonância com a jurisprudência deste STJ. Importa ressaltar que o referido enunciado aplica-se também aos recursos interpostos com base na alínea a do permissivo constitucional.

Por fim, no que tange à alegação de dissídio entre julgados, deve-se ressaltar que a caracterização da divergência, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ, exige a demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e o acórdão paradigma, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação.

Assim, a simples transcrição dos acórdãos tidos por discordantes é insuficiente para a comprovação do dissídio, porquanto desacompanhada do cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas, com a indicação das circunstâncias que os identifiquem ou assemelhem. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1326084/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 03/10/2012; AgRg no REsp 680974/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 18/04/2012.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, nego seguimento ao Recurso Especial.

l" (fls. 645/653e).

Com efeito, não foi trazido, aos autos, qualquer argumento apto a afastar a posição firmada na decisão recorrida. A jurisprudência da Quinta e Sexta Turmas do STJ, quanto à não ocorrência de **bis in idem**, mantém-se pacífica, em sentido contrário à tese defendida no presente Agravo Regimental, consoante se vê das ementas abaixo transcritas:

"PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. **BIS IN IDEM**. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. **Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.**

3. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da droga - 74 papérolas de cocaína -, o **quantum** de redução aplicado fica indene ao crivo do **habeas corpus**, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. **Não configura bis in idem a utilização da quantidade e da natureza das 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.**

5. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida quanto à fixação do regime inicial fechado. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. **In casu**, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. **Writ** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena" (STJ, HC 222.313/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/02/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO DE PENA. FRAÇÃO DE 1/3. LEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ÓBICE DISPOSTO NO ART. 44, I E III, DO CP. ACÓRDÃO A QUO FIRMOU-SE NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende, na fixação da dosimetria da pena em casos de delitos de tráfico de entorpecentes, ser adequada a imposição da pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. Inexiste bis in idem na consideração da natureza e da quantidade de droga para agravar a pena-base e negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, visto que se trata da utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito (Lei n. 11.343/2006).

3. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, uma vez que a condenada não preenche os requisitos previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

4. A quantidade elevada do entorpecente apreendido - 4,375 Kg de cocaína - e a transnacionalidade do delito revelam-se elementos determinantes na avaliação da necessidade da prisão cautelar, particularmente para assegurar a ordem pública.

5. Incidência da Súmula 83/STJ.

6. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assentado na decisão agravada.

7. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.201.154/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 01/10/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (69 PEDRAS DE CRACK). 2. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 3. BIS IN IDEM NA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA COMO FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E PARA INVIABILIZAR A DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. 4. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e do art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, se configure, em tese, ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental.

2. A diretriz imposta pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC n. 97.256/RS, admitiu a possibilidade de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida.

4. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, a fixação do regime prisional mais brando não se mostra adequada, haja vista a natureza e a quantidade da droga apreendida em poder do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do STJ.

5. Afastada a possibilidade de modificação do regime inicial para cumprimento da reprimenda privativa de liberdade, o paciente não faz jus à substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, uma vez que não atende o critério estabelecido no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 25/03/2013).

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O Paciente, preso em flagrante delito no dia 27/02/2009, foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, por supostamente trazer consigo 05 (cinco) tabletes prensados de "maconha", pesando 1.782,30 kg de "maconha".

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do **habeas corpus**. Precedentes.

4. 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 quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

5. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - 1.782,30 kg de "maconha" -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

6. 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.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

9. O Paciente não preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, previstos nos incisos I e III do art. 44 do Código Penal.

10. Ordem de habeas corpus denegada" (STJ, HC 190.946/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 19/03/2013).

Incensurável, portanto, a decisão agravada, que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Observe que, embora o agravante refira-se a **bis in idem**, em relação à causa de aumento do art. 40, I, da Lei 11.343/2006 (fl. 665e), foi ela fixada, pela sentença e pelo acórdão de 2º Grau, no mínimo legal de 1/6 (um sexto).

Por fim, sendo a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, descabe sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, CP).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0217876-3

AgRg no
REsp 1.349.035 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 124588820994036119 200961190124585 21062409 2106242009

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ERIC PETERS ANTHONI DASS (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 : ERIC PETERS ANTHONI DASS (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 Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.