



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.180 - MG (2011/0094879-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : WILLER DA CRUZ SILVA (PRESO)
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA QUE DEVE SER LEVADA EM CONSIDERAÇÃO PARA AFASTAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006, BEM COMO PARA MAJORAR A PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**.

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual violação ao princípio da colegialidade.

2. Não obstante o agravante seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, não faz jus à regra excepcional do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida em seu poder - 54,085 kg (cinquenta e quatro quilos e oitenta e cinco gramas) de maconha -, circunstância que leva a crer que se dedica a atividades delituosas.

3. Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, não implicando em **bis in idem** a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para afastar o redutor de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.180 - MG (2011/0094879-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental contra decisão que proveu recurso especial interposto pelo Ministério Público para excluir a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e majorar a pena-base imposta a Willer da Cruz Silva, condenado por tráfico de drogas, por transportar 83 (oitenta e três) invólucros pesando 54,085 kg (cinquenta e quatro quilogramas e oitenta e cinco gramas) de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Nas razões do especial, sustentando negativa de vigência aos arts. 33, § 4º e 42, ambos da Lei nº 11.343/2006, aduziu o representante do **Parquet** que a Corte mineira reconheceu, de maneira cabal, o envolvimento anterior do agravante com a mercancia de entorpecentes. Cuidou, inclusive, de apontar dados indicativos de que esse envolvimento não seria eventual, dada a grande quantidade de droga apreendida (mais de 54 kg), o fato de o acusado ter admitido o transporte da droga por mais de uma vez e a existência de denúncias anônimas noticiando tais condutas, tudo a demonstrar a dedicação do recorrido à atividade ilícita, fazendo do tráfico o seu **modus vivendi**.

Alegou, ainda, que a fixação da pena-base, pouco acima do mínimo legal, a partir tão somente da análise das circunstâncias judiciais enumeradas no artigo 59 do Código Penal, sem levar em consideração a grande quantidade de entorpecente apreendida, acabou por violar o art. 42 da Lei de Drogas.

Em decisão acostada às fls. 454/461, dei provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais para, em relação à condenação por tráfico de drogas, fixar a pena de Willer da Cruz Silva em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais 718 (setecentos e dezoito) dias-multa.

No regimental, sustenta ofensa ao princípio da colegialidade, além de ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havido revolvimento de todo acervo fático-probatório colacionado aos autos, o que é veemente vedado pela Súmula nº 7 do STJ.

Aduz, ainda, que houve rigor excessivo na fixação da pena-base - majorada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses - e que "somente a culpabilidade, como fundamentou o MM Relator, não justifica a elevação da pena-base de forma tão desproporcional" (fl. 475).

Acrescenta que a "argumentação utilizada pelo Digno Julgador, para recrudescer o apenamento do paciente, é inidônea, e insuficiente para o fim utilizado, afrontando, assim, o disposto no artigo 93, inciso IX, da CF/88" (fl. 476).

Prossegue alegando que "não se dedica a atividades criminosas, pois se o fizesse, haveria de se provar mediante certidões de inquéritos ou ações em curso, o que não se tem" (fl. 477), não havendo que se falar em exclusão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Requer, ao final, o não conhecimento ou desprovimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.180 - MG (2011/0094879-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Relator):

O recurso não merece prosperar.

De início, ressalto que não há qualquer ilegalidade na apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento do agravo regimental, supera eventual violação ao princípio da colegialidade.

Isso estabelecido, tenho que a decisão agravada deve ser preservada por seus próprios fundamentos.

Veja como o Tribunal estadual, ao apreciar o recurso de apelação da defesa, redimensionou a pena imposta ao agravante pela prática de tráfico de entorpecentes (fls. 369/374):

Constato que o acréscimo na pena-base foi justificado frente à exacerbada culpabilidade do apelante, aos seus maus antecedentes, à sua personalidade deturpada e comportamento social negativo.

Na culpabilidade, analisa-se o grau de censurabilidade da conduta do agente, logo, quanto mais reprovável for a conduta, maior será a pena aplicada. Examina-se a reprovabilidade em razão das condições pessoais do agente, assim como em relação à situação de fato.

In casu, constato que a culpabilidade do recorrente é realmente intensa, porquanto, ao realizar o transporte do material tóxico, trazia 'consigo dentro do veículo, além da maconha, sua filha Kathleen Cristina Murta da Silva, de 14 anos de idade' (fl. 164), na tentativa de desviar a atenção sobre o carregamento que trazia.

Ademais, segundo o próprio acusado e os depoimentos dos milicianos, não era a primeira vez que ocorria,

*Contudo, **data maxima venia**, tenho que incorreu em erro o culto Magistrado ao considerar maculados os antecedentes criminais do apelante.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É que ainda que existam anotações na Certidão de Antecedentes Criminais do acusado, tais como inquéritos em andamento e uma condenação por crime contra o patrimônio, que se encontra em grau de recurso, nenhuma dessas ações transitou em julgado.

Como é cediço, nos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

[...]

Assim, não há que se falar em maus antecedentes, e, via de consequência, em exasperação da pena-base cominada ao acusado por esse motivo.

Frise-se, ainda, que em relação à conduta social, definida por Guilherme de Souza Nucci como 'o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola da vizinhança etc.' (in: Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. 8ª ed. p. 391), tenho que não há elementos nos autos capazes de considerá-la como negativa, como fez o ilustre Magistrado primevo.

Também no que concerne à personalidade, tida por Mirabete como 'qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento' (in: Código Penal Interpretado, Atlas, 1999, p. 332), não pode esta ser aferida nos autos.

Portanto, inexistindo elementos concretos apontando que a conduta social do acusado é negativa, bem como que sua personalidade é agressiva ou deturpada, deve-se considerar como favoráveis as aludidas circunstâncias judiciais.

Quanto à causa de diminuição, não vejo como aplicar o percentual máximo de redução.

*O legislador não indicou quais fatores devem ser levados em conta na mensuração do **quantum** de mitigação da reprimenda. Contudo, também nessa fase da dosimetria, entendo que continuam a ser sopesadas as circunstâncias do artigo 42 da Lei 11.343/2006, bem como as do artigo 59 do Código Penal, devendo ter-se o cuidado de não utilizar a mesma circunstância duas vezes em desfavor do réu, sob pena de caracterizar repudiável **bis in idem**.*

[...]

E, na hipótese, justifica-se a redução em apenas 1/6 frente às peculiaridades do caso, pois a quantidade de maconha apreendida é muito expressiva - mais de 54 Kg (cinquenta e quatro quilos), valendo consignar, ainda, que tal fator não foi sopesado para incrementar a pena-base.

Forte em tais considerações, revela-se imperiosa a reestruturação da reprimenda.

A culpabilidade deve considerada como desfavorável, nos exatos termos da fundamentação supra. O acusado não possui maus antecedentes. Acerca da conduta social e personalidade, não há elementos seguros para qualquer conclusão, devendo-se admi-las



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como favoráveis. Os motivos são comuns aos crimes dessa espécie. As circunstâncias delitivas e as consequências são inerentes ao tipo penal. Finalmente, o comportamento da vítima não influenciou no delito.

Assim, fixo a pena-base pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena-base para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Não há agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, diminuo a pena em 1/6 (um sexto), considerando o disposto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, ficando estabelecida, portanto, em 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa.

*Em razão da causa de aumento de pena prevista no artigo 44, V, do mesmo **Codex**, elevo a reprimenda em 1/6 (um sexto), concretizando-a, assim, em 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 534 (quinhentos e trinta e quatro) dias-multa.*

No caso, verifico que a pena-base, por ocasião da sentença condenatória, ficou fixada em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão por serem desfavoráveis ao agravante a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e o comportamento social (fl. 199).

O Tribunal **a quo**, por sua vez, reduziu a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão considerando como desfavorável apenas a culpabilidade, na medida em que o agravante transportava o entorpecente juntamente com sua filha de 14 (catorze) anos de idade, fato este que justifica a fixação acima do mínimo legal.

E, ao prover o recurso ministerial, em face da grande quantidade de entorpecente apreendido, assim redefini a pena do agravante:

Na primeira fase, considerando a intensa culpabilidade do agravante, que transportava mais de 54 kg de maconha dentro de um veículo, no qual se encontrava sua filha Kathleen Cristina Murlta da Silva, à época com 14 anos de idade, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 616 (seiscentos e dezesseis) dias-multa.

Na terceira fase, em razão da causa de aumento de pena prevista no artigo 44, V, da Lei de Drogas, mantenho o aumento em 1/6 (um sexto), concretizando-a, assim, em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10 (dez) dias de reclusão, mais 718 (setecentos e dezoito) dias-multa.

Como se pode observar, majorei a pena-base em mais 8 (oito) meses, tendo em vista a grande quantidade de entorpecente apreendido - 54 kg (cinquenta e quatro quilogramas) de maconha -, fator este que não foi sopesado para incrementar a pena-base pelo Tribunal **a quo**, sob o argumento de que incidiria em **bis in idem**.

E não implica em **bis in idem** a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para afastar o redutor de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

O aumento, assim, na primeira fase da dosimetria - 1 (um) ano e 8 (oito) meses acima do mínimo legal, em razão da culpabilidade acentuada e da grande quantidade de droga -, encontra-se devidamente motivado, não havendo que se falar em ausência de fundamentação, nem tampouco violação ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Razão assiste ao Ministério Público também quando requer a exclusão da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Depreende-se dos autos que o Tribunal **a quo**, embora reconhecendo a expressiva quantidade de drogas apreendida em poder do agravante, aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, reduzindo a pena em 1/6 (um sexto).

Ora, a regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Embora o agravante, seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a considerável quantidade de entorpecente apreendido, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade do exame aprofundado de prova, permite-me concluir que se dedica a atividades criminosas e que não é iniciante no comércio ilícito de entorpecente, além do que a presença da causa majorante também revela o desacerto da redução da pena.

A propósito do tema, vale destacar o seguinte precedente desta Corte Superior, assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXORBITANTE QUANTIDADE DE TÓXICO APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a expressiva quantidade de droga apreendida - mais de 50 kg (cinquenta quilogramas) de maconha -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade de droga apreendida, aliada às circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades delituosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Não há **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mas apenas a 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, nas circunstâncias em que cometido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*4. Ordem denegada.(HC nº 227.695/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 20/6/2012).*

Ante o exposto, mantenho a decisão por seus próprios fundamentos e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0094879-3

AgRg no
REsp 1.255.180 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10027081622246 10027081622246003 1622246252008130027 27081622246

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : WILLER DA CRUZ SILVA (PRESO)
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : WILLER DA CRUZ SILVA (PRESO)
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.