



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 449.983 - MS (2013/0410563-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : DIEGO BATISTA DA COSTA
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. CONSIDERAÇÃO NA PENA-BASE E NA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ENTENDIMENTO FIRMADO POR AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É do entendimento de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior no sentido da não ocorrência de *bis in idem* na consideração da quantidade da substância apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na fixação do *quantum* do benefício contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

2. Agravo regimental não provido.

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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de junho de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 449.983 - MS (2013/0410563-6)

AGRAVANTE : DIEGO BATISTA DA COSTA
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por DIEGO BATISTA DA COSTA contra decisão de e-STJ fls. 471/472 que negou provimento ao seu agravo em recurso especial.

Observa, em síntese, a inaplicabilidade do referido óbice sumular, porquanto configurado *bis in idem* na apreciação dos elementos do art. 42 da Lei 11.343/06.

Pugna pelo provimento do agravo regimental.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 449.983 - MS (2013/0410563-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O presente agravo regimental não merece prosperar.

O *decisum* monocrático foi proferido nos seguintes termos, *litteris* (e-STJ fls. 471/472):

"Trata-se de agravo em recurso especial interposto por DIEGO BATISTA DA COSTA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que negou seguimento a seu apelo nobre com fundamento na Súmula 83/STJ (e-STJ fls. 431/433).

Sustenta o agravante, em síntese, a inaplicabilidade do óbice sumular nº 83, uma vez que "a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul restou contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal" (e-STJ fl.438).

Requer o regular processamento do recurso especial, no qual alega violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, diante da condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, à pena de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, buscando nova dosimetria.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do agravo (e-STJ fls. 464/469).

É o relatório.

Decido.

O agravante rebateu os fundamentos da decisão agravada.

Passo, pois, ao exame do mérito.

Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que não há ocorrência de bis in idem quando a quantidade de entorpecente é considerada tanto na aplicação da minorante descrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 quanto na fixação da pena-base.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL. APLICAÇÃO NOS TERMOS DO DOS ARTS. 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...] 2. Tratando-se de Paciente reincidente, não faz jus à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, nem tampouco resta caracterizado bis in idem diante da utilização da reincidência como agravante genérica e como fundamento para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes. Precedentes.

3. Tendo a pena privativa de liberdade sido fixada em 5 anos de reclusão e sendo o réu reincidente, correto o regime prisional fechado imposto na sentença condenatória, nos termos do art. 33 § 2.º, alínea b, do Código Penal.

4. Ordem de Habeas Corpus denegada. (HC 231.511/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/8/2013, DJe 23/8/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LEI ANTIDROGAS. TRÁFICO ILÍCITO.

PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PATAMAR MAIOR. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FIXAÇÃO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECONHECIMENTO.

AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. Com relação ao redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o Tribunal a quo decidiu em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao manter o quantum de 1/4 (um quarto), tendo em vista a natureza e a quantidade de droga apreendida - vinte e sete papелotes de cocaína e vinte e cinco buchas de maconha -, bem como a evidência de sua dedicação à atividades criminosas.

4. Não ocorreu bis in idem no caso em tela, em razão de existirem elementos diferentes capazes de justificar não só a fixação da pena-base acima do mínimo legal, mas também o quantum de redução utilizado na causa especial de diminuição do citado art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas.

5. Ademais, esta Corte Superior entende que o art. 42, da Lei nº 11.343/06 prepondera sobre os termos do art. 59, do Código Penal, sendo possível os mesmos critérios utilizados para fundamentar a pena-base serem usados para se verificar a possibilidade de aplicação da minorante antes citada.

6. Hipótese em que não há como alterar o regime fixado através da via eleita, em razão da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos, adotando o Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça, de igual forma, o posicionamento de que não existe bis in idem quando se considera a natureza e a quantidade da substância para não aplicar a minorante antes referida e para impor regime mais gravoso para o cumprimento da reprimenda.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 244420/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013)

*Logo, estando o aresto impugnado em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, incide, ao caso, o teor da **Súmula 83/STJ**, in verbis: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”, aplicável, igualmente, aos recursos interpostos pela alínea “a” do permissivo constitucional.*

*Ante o exposto, a teor do art. 544, § 4º, II, “a”, do CPC c/c 3º do CPP, **nego provimento** ao agravo em recurso especial. Publique-se e intime-se”.*

Pois bem.

Conforme ressaltado na decisão objurgada, este sodalício firmou jurisprudência no sentido de que não há falar em ocorrência de *bis in idem* quando a quantidade da substância apreendida é levada em consideração tanto para a fixação da pena-base quanto para a fixação do quantum do benefício contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Confira-se:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM 2/3. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPEADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E AFASTAR A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR EM SEU GRAU MÁXIMO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. O artigo 42 da Lei de Drogas preleciona que na aplicação da pena-base deverá o Juiz sopesar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a quantidade e natureza da droga apreendida.

II. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em consideração, inclusive, o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Não há que se falar em bis in idem quando o Magistrado, na dosimetria da pena, considerou tal circunstância na primeira e na terceira fases de aplicação da pena, já que o montante de entorpecente apreendido foi sopesado com escopos distintos (Precedente).

V. Maiores considerações acerca do quantum de redução da pena aplicado pelas instâncias ordinária que implicariam em revolvimento do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de writ.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 174.150/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA APENAS QUANTO À SEGUNDA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO DE SOLTURA PREJUDICADO.

1. Não obstante devidamente valoradas a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime, a obtenção de lucro fácil é circunstância inerente ao delito de tráfico de drogas, sendo certo que o aumento da reprimenda com base nesse último argumento é causa de constrangimento ilegal.

2. A redução da causa de diminuição no patamar mínimo se justifica em razão da quantidade de droga apreendida (1.733g de cocaína). De notar, consoante vem entendendo esta Corte, que "não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, 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" (HC nº 124.898/MS, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 29/3/2010.)

3. Havendo o reconhecimento da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ainda que afastada a valoração quanto ao motivo do crime, inviável a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

4. Transitada em julgado a condenação, decorrendo a prisão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente de provimento definitivo, fica prejudicado o pedido de soltura.

5. Habeas corpus julgado prejudicado em parte e concedida parcialmente a ordem para reduzir a pena imposta ao paciente na ação penal de que se cuida a 6 anos, 7 meses e 21 dias de reclusão e 650 dias-multa. (HC 120.998/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 25/10/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ARGUMENTOS INERENTES À CULPABILIDADE EM SENTIDO ESTRITO. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DIVERSIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO PENAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. Elementos inerentes à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, não justificam a exasperação da pena-base a título de culpabilidade desfavorável.

3. Há constrangimento ilegal quando verificado que não foi apontado nenhum elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada danosidade decorrente do tráfico de drogas especificamente praticado pelo paciente, razão pela qual deve ser afastada a valoração negativa das consequências do crime.

4. A natureza e a quantidade de drogas apreendida em poder do paciente autorizam a exasperação da pena-base, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. A jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

6. Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/3 de diminuição de pena, visto que as instâncias ordinárias fundamentaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretamente a aplicação da minorante nesse patamar, salientando, para tanto, a diversidade de drogas apreendidas em poder do paciente (cocaína e maconha).

7. Não se trata de bis in idem a consideração da quantidade e/ou natureza da droga apreendida na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e na terceira etapa, para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata, na verdade, de um elemento sopesado em momentos distintos da dosimetria e com finalidades diferentes.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação deste dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

9. No caso, a Corte estadual entendeu devida a fixação do regime inicial semiaberto com base justamente nas diretrizes traçadas pelo artigo 33 do Código Penal, razão pela qual não há nenhum ajuste a ser feito no modo inicial de cumprimento de pena.

10. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 4 anos e 1 mês de reclusão, e pagamento de 394 dias-multa.

(HC 229.694/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Assim, estando o aresto impugnado em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, incide, ao caso, o teor da Súmula 83/STJ, *in verbis*: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”, aplicável, igualmente, aos recursos interpostos pela alínea “a” do permissivo constitucional.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0410563-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 449.983 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001093-30.2011.8.12.0025/50003 0001093302011812002550003 10933020118120025

EM MESA

JULGADO: 10/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DIEGO BATISTA DA COSTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CORRÉU : DIOGO NONATO DE PAULA TAVARES

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 : DIEGO BATISTA DA COSTA
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.