



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.367 - PR (2012/0206771-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : DANIEL TEIXEIRA DA SILVA
ADVOGADO : HENRIQUE GUIMARÃES DE AZEVEDO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. TRÁFICO. QUANTIDADE DE DROGAS. CONSIDERAÇÃO NAS ETAPAS DA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, quando manifestamente inadmissível e improcedente.
2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que não ocorre *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de diminuição de pena, com a utilização de um mesmo parâmetro de referência, mas em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.
3. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Tribunal, ainda que o *quantum* de pena seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, em virtude da natureza e quantidade da droga apreendida (22 Kg de maconha), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime mais brando, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de novembro de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.367 - PR (2012/0206771-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : DANIEL TEIXEIRA DA SILVA
ADVOGADO : HENRIQUE GUIMARÃES DE AZEVEDO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto por DANIEL TEIXEIRA DA SILVA, contra decisão monocrática de minha lavra que negou seguimento ao recurso especial, tendo sido emendada nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. *BIS IN IDEM*.

FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Sustenta o agravante, às fls. 566/573, preambularmente, que teria havido ofensa ao princípio da coletividade.

No mérito, alega que não incide na espécie o óbice da Súmula 7/STJ, pois "é desnecessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, pois o reexame de provas é absolutamente dispensável para que se conheça das questões suscitadas nos autos."

Defende que "não se pode considerar o disposto do art. 42 da lei 11.343/06 para aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º do mesmo diploma legal, pois estaria incorrendo em analogia no *bis in idem*, vez que esta circunstância já fora analisada para fixação da pena-base, sendo certo, também que a referida lei não faz menção a qualquer outra condição exceto as previstas no art. 33, § 4º."

Salienta que o agravante "preenche todos os requisitos do artigo 44 do CP, e não se sustenta o argumento de que a substituição da pena não se mostra socialmente recomendável. Isso porque não se trata de traficante contumaz, mas, quando muito, de pessoa que praticou um único ato de irresponsabilidade. Para essas pessoas, o simples fato de estar sendo processada já constitui elemento de punição, não havendo razão para a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permanência no cárcere."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.367 - PR (2012/0206771-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. TRÁFICO. QUANTIDADE DE DROGAS. CONSIDERAÇÃO NAS ETAPAS DA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, quando manifestamente inadmissível e improcedente.
2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que não ocorre *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de diminuição de pena, com a utilização de um mesmo parâmetro de referência, mas em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.
3. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Tribunal, ainda que o *quantum* de pena seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, em virtude da natureza e quantidade da droga apreendida (22 Kg de maconha), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime mais brando, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Inicialmente, importante destacar que foi proferida decisão monocrática, com fundamento no artigo 34, inciso VII, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, bem como no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, haja vista o recurso ser manifestamente inadmissível e improcedente.

Ademais, tem-se entendido que o princípio da colegialidade restará sempre preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

órgãos colegiados no âmbito dos Tribunais Superiores. Ao ensejo, confira-se manifestação do Ministro Celso de Mello, proferida no julgamento do *habeas corpus* nº 96.418/CE, transcrito no informativo 605 daquela Corte. Confira-se a ementa:

"JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA, EM SEDE REGIMENTAL, PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 192, 'CAPUT', NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009). ATRIBUIÇÃO ANTERIORMENTE CONSAGRADA NO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (LEI Nº 8.038/90, ART. 38; CPC, ART. 557). AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. (...)".

Da leitura do referido *decisum*, verifica-se que o ilustre decano daquela Corte Suprema explicitou a inexistência de ofensa ao princípio da colegialidade, nos seguintes termos:

"Nem se alegue que essa orientação implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)".

No que concerne ao mérito do agravo regimental, tem-se que a insurgência também não merece prosperar. Com efeito, extrai-se dos autos que a Corte de origem manteve a pena-base acima do mínimo legal, bem como aplicou a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 em patamar inferior ao máximo, com base nos seguintes fundamentos:

"Partindo da análise da dosimetria, em sua fase inicial, verifico que, na análise das circunstâncias do art. 59, do Código Penal, o juízo monocrático majorou a pena em 1 ano por força das circunstâncias do crime, diante da quantidade de droga encontrada com o réu (22 Kg), o que tornou a pena-base fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Cabível, aqui, singela retificação na dosimetria uma vez que, consoante posicionamento da Turma: '(--) no que tange à carga atribuída (acréscimo de meses na pena-base) ao reconhecimento das vetoriais desfavoráveis, o entendimento desta Corte orienta-se no sentido de que o peso de cada circunstância judicial é calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual se deduz o mínimo, dividindo-se este resultado pelo número de circunstâncias.' (TRF4, ACR 0000691-34.2007.404.7012, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Laus, D.E. 18/08/2011).

Seguindo esse entendimento, o patamar de exasperação da pena-base em razão de uma única circunstância negativa deveria girar em torno de 08 (oito) meses. Assim, em sede recursal, fixo a pena-base em 5 anos e 8 meses de reclusão.

Mantenho o posicionamento adotado na sentença em relação ao reconhecimento da confissão (art. 65, III, d, do CP), o que reduz a penalidade, na segunda etapa da dosimetria, ao mínimo legal de 5 anos de reclusão, além da multa de 500 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, tal como já apurada a transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei nº 11.343/06), mantido o aumento da penalidade em 1/6, considerando-se que o réu se deslocou de Brasília até a região da fronteira, e foi preso antes de regressar à capital federal. Nesse ponto, sua pena fica fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa.

Penso que a redução atribuída na sentença recorrida, quanto ao disposto no art. 33, § 4º, da legislação de regência, deve ser mantida, pois não há insurgência da acusação, mantendo-a na metade, o que torna a penalidade definitivamente fixada em 2 anos e 11 meses de reclusão, além da multa de 291 dias-multa, mantido o valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato."

Ao que se tem, inexistente ilegalidade manifesta qualquer no acórdão recorrido, que fez expressa referência à natureza e quantidade da droga apreendida quando da fixação da pena-base acima do mínimo legal, em conformidade com o estabelecido no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 e com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 assentado na decisão agravada.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1201154/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 01/10/2012)

Desse modo, rever o *quantum* fixado pela instância ordinária quanto à pena-base é procedimento vedado a este Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial, em que não se admite o reexame de matéria fático-probatória.

Da mesma forma, não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório.

E, em restando a controvérsia suficientemente valorada e decidida pelas instâncias ordinárias, a nítida intenção do recorrente em promover a rediscussão do tema já analisado com revolvimento das provas dos autos é inviável na sede do recurso especial, nos termos do que preceitua o enunciado 7 da Súmula desta Corte:

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Ao ensejo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AFRONTA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA CONSTANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE INEXISTENTE. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO APLICADA NO MÍNIMO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

3. 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 natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Não se trata de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Precedentes.

4. Na espécie, a natureza e a quantidade da droga apreendida - 239, 20g de maconha, 1.927,95g de cocaína e 1.262g de crack - justificam a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja, 1/6 (um sexto).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum da minorante, não pode esta Corte proceder à alteração do referido percentual sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, a teor do óbice contido no verbete sumular n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 11.303/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 05/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ARTS. 59 DO CP E 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. 1/6 DE REDUÇÃO. 29 PORÇÕES DE CRACK. 6,6G (SEIS GRAMAS E SEIS DECIGRAMAS). **ACÓRDÃO A QUO COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.** MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que, para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo previsto, qual seja, de 2/3, imprescindível a adequada fundamentação do decísium.

2. No caso dos autos, ao estabelecer da pena-base no mínimo legal (5 anos) e depois fixar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar inferior ao máximo previsto, o Tribunal local corretamente prestou sua jurisdição, com fundamentação concreta e vinculada - em função da natureza e da quantidade da droga -, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387, CPP, c/c o art. 93, IX, segunda parte, da CF), porquanto, in casu, "a droga apreendida - crack - estava parcelada em muitas porções (29), atingindo um contingente significativo de pessoas".

3. Aplicável a Súmula 7/STJ.

(...)

(AgRg no AREsp 56.535/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012)

Afasta-se, ademais, eventual alegação de *bis in idem* no tocante à utilização da natureza e da quantidade da droga para elevar a pena-base e para fixação do patamar da causa de diminuição de pena.

Com efeito, consoante esposado alhures, é o próprio art. 42 da Lei de Entorpecentes que, de forma expressa, indica e impõe o binômio natureza/quantidade da substância entorpecente apreendida como baliza para a fixação das penas. Note-se que o dispositivo refere-se às "penas", no plural, e não no singular. Ainda que esse vetor (natureza/quantidade) seja adotado para aumentar a pena-base, não há que se falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista que gerará efeitos diversos em fases distintas da dosimetria. O que ocorre é a utilização de um mesmo parâmetro de referência, em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que perpetrado.

Sobre o tema, confira-se o entendimento firmado por esta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida (64.235 gramas de "maconha"), bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o grupo estava "razoavelmente preparado para inúmeros embarques de droga para outras cidades".

2. 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 natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Não se trata de violação ao princípio do *non 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 art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 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.

4. Na espécie, a quantidade da droga apreendida - 64.235 gramas de "maconha" - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

5. 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.

6. Não há julgamento extra petita quando o Tribunal, acolhendo as razões apresentadas pela parte recorrente, como verificado na hipótese, dá provimento ao recurso, acrescentando-lhe outros fundamentos.

7. Ordem denegada.

(HC 186.549/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (3,704 KG DE MACONHA E 11 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME). BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIME. EXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade manifesta que autorize a concessão da ordem pretendida. O Tribunal de origem justificou a não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na grande quantidade de droga apreendida (3,704 Kg de maconha e 11 frascos de lança-perfume), motivação idônea. Ressaltou, ainda, que o paciente se dedica a atividade criminosa, conclusão impossível de ser alterada nesta sede, por demandar o exame das provas. E não há falar em *bis in idem* na consideração da mesma circunstância para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 209.960/SP, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 1/2 (METADE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a considerável quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente, que contou com a participação de menor de idade na empreitada delitiva.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena 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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO SOMENTE EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

TRÁFICO DE DROGAS COM O REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO.

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO EM PARTE DEMONSTRADO.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal, constatada, contudo, a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por medidas alternativas, deve ser afastado o óbice à fixação de regime diverso do fechado para o cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

3. Habeas corpus parcialmente concedido, para afastar o óbice legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art.

44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico.

(HC 181.037/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/03/2012)

Assim, é possível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade.

Por outro lado, no que concerne à aventada afronta aos arts. 33, § 2º, "c", e 44 do Código Penal, referentes aos pleitos, respectivamente, de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se da leitura do acórdão ora recorrido, que o Tribunal de origem decidiu as questões sob os seguintes fundamentos:

"O art. 44 do Código Penal estabelece critérios objetivos (incisos I e II) e subjetivos (inc. III) para concessão da permuta. Embora o quantum fixado no acórdão seja inferior a 04 (quatro) anos de reclusão e não se trate de reincidente, entendo que a circunstância judicial desfavorável indica que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a substituição não será suficiente para repressão e prevenção do delito.

In casu, na primeira etapa de fixação da reprimenda a quantidade da droga apreendida (22 kg de maconha) foi considerada negativamente, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal (cinco anos e oito meses de reclusão).

Assim, tendo em conta a quantidade significativa e o grande número de usuários que seriam atingidos com eventual comercialização, a substituição seria insuficiente para reprimir o delito em questão.

Aliás, esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai dos seguintes precedentes análogos ao caso em tela: (...)

Como se vê, diante das peculiaridades do caso, verifica-se que a concessão do benefício não se mostra recomendável para coibir a atividade criminosa realizada pelo agente.

De outro lado, embora não seja objeto de divergência, constata-se que a Turma manteve o regime inicialmente fechado, em face do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Entretanto, em recente julgado - HC nº 111840 (Rei. Min. Dias Toffoli) o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Diante disso, tendo em conta a pena aplicada - 02 anos e 11 meses de reclusão - e a existência de vetorial desfavorável (circunstâncias do crime) de ofício, modifico o regime prisional para o semi-aberto.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos embargos infringentes e, de ofício, altero o regime do fechado para o semi-aberto." (fl. 444/445)

Verifica-se que, embora a pena fixada - 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão - permita, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime aberto, o acórdão do Tribunal de origem entendeu não ser suficiente para a prevenção e repressão do delito a referida conversão ou ainda a fixação de regime mais brando em virtude das circunstâncias do crime (grande quantidade de droga apreendida- 22 kg de maconha), entendimento, esse, em harmonia com o desse Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. (...).

2. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, em virtude da diversidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e quantidade da droga apreendida (1,5 kg de cocaína), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos.

3. Habeas corpus não conhecido."

(HC 254.368/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 25/04/2013)

"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. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, tendo em vista a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas - 57 porções de cocaína, somando um total de 22,6 g e 11 trouxinhas de maconha, representando um total de 17,5 g -, 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."

(HC 249.914/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe 19/04/2013)"

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedica a atividade criminosa, não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. (...).

3. **Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, no caso concreto, tal benesse não se mostra razoável, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (natureza e quantidade de droga apreendida - 10,17 gramas de cocaína e 148,2 gramas de maconha -, maus antecedentes).**

4. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada.

(HC 220.401/MG Rel. Ministro (a) MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. SEXTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 11/4/2012.)"

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0206771-2

AgRg no
REsp 1.346.367 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50004670220114047002 50008342620114047002 PR-50004670220114047002
PR-50008342620114047002

EM MESA

JULGADO: 05/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DANIEL TEIXEIRA DA SILVA
ADVOGADO : HENRIQUE GUIMARÃES DE AZEVEDO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DANIEL TEIXEIRA DA SILVA
ADVOGADO : HENRIQUE GUIMARÃES DE AZEVEDO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A SextaTurma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.