



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.301.826 - SP (2012/0010816-6)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : NOBUHLE ELIZABETH DZANIBE
ADVOGADO : GUSTAVO ZORTÉA DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. GRAU DE REDUÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (QUANTIDADE DE PENA APLICADA). FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. MECÂNICA DELITIVA, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6 (um sexto), está perfeitamente adequada com as circunstâncias do fato criminoso, a exemplo da quantidade e natureza do entorpecente apreendido – cerca de 2.000g (dois mil gramas) de cocaína.
2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas não só na fixação da pena-base, mas também na aplicação do redutor. Vale ressaltar que 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. A dosimetria da pena é tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte – cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal –, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional, o que não ocorreu na espécie.
4. Em virtude da quantidade de pena aplicada (acima de quatro anos de reclusão), inviável se torna a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o que permitiria, em tese, o regime semiaberto, torna-se mais adequado o regime mais rigoroso, ao se levar em consideração a mecânica delitiva, a natureza e a quantidade da droga apreendida.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.301.826 - SP (2012/0010816-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Nobuhle Elizabeth Dzanibe desafiando a decisão de fls. 494/500, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. GRAU DE REDUÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (QUANTIDADE DE PENA APLICADA). FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. MECÂNICA DELITIVA, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.

Recurso especial a que se nega seguimento.

O agravante reitera a alegação de que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas deve ser aplicada em seu grau máximo, porquanto não há provas de que participou de organização criminosa ou que se dedicou à prática de atividades ilícitas.

Acrescenta que "soa contraditório reduzir a fração de diminuição, por saber a agravante estar a serviço de organização criminosa internacional. Em verdade, se a agravante soubesse estar a serviço de organização criminosa internacional, sequer poderia ter sido aplicada a minorante. Sob outro viés, a aplicação da minorante exclui a possibilidade de se utilizar justificativa que remeta ao não-preenchimento dos requisitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06" (fl. 512).

Aduz também que "de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga deverão ser sopesadas para fins de fixação da pena-base. Por outro lado, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não faz referência alguma à natureza e à quantidade de droga, como parâmetros para a eleição da fração de diminuição aplicável"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fl. 512).

Reprisa também a tese de que o regime prisional para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o aberto ou o semiaberto, pois preenchidos os requisitos legais.

Busca, por fim, a redução da reprimenda, com a consequente substituição da pena reclusiva por pena restritiva de direito.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.301.826 - SP (2012/0010816-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Após examinar atentamente os pontos controvertidos, a minha conclusão é a de que os fundamentos da decisão agravada não foram infirmados pelas alegações trazidas no agravo regimental, impondo-se, assim, a sua confirmação.

Com efeito, como consignado anteriormente, sobre a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, assim decidiu o Tribunal de origem (fl. 430):

Nobuhle Elizabeth é primária e não ostenta maus antecedentes (fls. 168/169, 177/178, 181, 186, 271). Não há prova nos autos de que a apelante se dedica a atividades criminosas, nem elementos para concluir que integra organização criminosa, apesar de encarregada do transporte da droga. Ademais, caberia à acusação fazer tal comprovação, o que não ocorreu no caso dos autos. Certamente, estava transportando a droga para bando criminoso internacional, o que não significa, porém, que fosse integrante dele.

Sendo assim, faz jus à aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, entretanto, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, inclusive a sofisticação com que a droga [2.000g - dois mil gramas de cocaína] foi transportada, ou seja, na forma de 20 (vinte) pacotes de bolachas, contendo volumes em formato cilíndrico envoltos em plástico e fita adesiva marrom, razão pela qual passa a pena a ser fixada, definitivamente, em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa. (fls. 359/360)

Ao que se tem, a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar de 1/6 (um sexto), está perfeitamente adequada com as circunstâncias do fato criminoso, na medida em que a ré transportava droga sabendo que estava a serviço de organização criminosa internacional, além da quantidade e natureza do entorpecente apreendido – cerca de 2.000g (dois mil gramas) de cocaína.

É cediço que a dosimetria da pena é tarefa de atribuição exclusiva das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte – cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal – imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional, o que não ocorreu na espécie.

A propósito, a jurisprudência desta Corte Superior:

A - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. ART. 44, I, DO CP. PRECEDENTES

(...)

3. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicá-la dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

4. A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, diante das circunstâncias e da argumentação oferecida, restou estabelecida de forma razoável, no mínimo previsto - 1/6 (um sexto).

5. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao juízo de piso sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena.

6. Incabível à espécie o deferimento de pedido de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, haja vista a condenação definitiva em pena superior a 4 (quatro) anos. Inteligência do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido por ser substitutivo de recurso especial. Ordem concedida, de ofício, para que o juízo da execução, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, analise a possibilidade de concessão do benefício, atendendo aos requisitos previstos no Código Penal.

(HC nº 272.788/SP, relator o Ministro **CAMPOS MARQUES** (Desembargador Convocado do TJ/PR), DJe 26/08/2013)

B - HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, nos crimes de tráfico de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

4. Na hipótese, foi aplicada a causa de diminuição de pena, na fração de 1/3, valendo-se a Instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

5. Esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena. Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

6. No que se refere à substituição de pena, o acórdão valeu-se de fundamentação concreta para negar o benefício, porquanto sublinhou a quantidade de entorpecente apreendido.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que a Corte de origem ou o Juízo das Execuções - a depender da existência ou não do trânsito em julgado - reavalie, com base em dados concretos, a aplicação do regime prisional.

(HC nº 267.820/SP, relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 21/06/2013)

Impende ressaltar, outrossim, que em virtude da quantidade de pena aplicada, a qual foi mantida, inviável se torna a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por fim, no que concerne ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nada obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, o certo é que a partir do julgamento do HC n. 97.256/RS o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 anos de reclusão, entendo ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, na forma dos precedentes deste Tribunal.

Todavia, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos, o que permitiria, em tese, o regime semiaberto, torna-se mais adequado na espécie o regime mais rigoroso, levando em consideração a mecânica delitiva, a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder da agravante, circunstância essa inclusive utilizada – como já visto – para impedir a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência deste Tribunal Superior:

A - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3,190 KG DE PASTA-BASE DE COCAÍNA). ILEGALIDADE INEXISTENTE.

(...)

2. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de droga apreendida (3,190 kg de pasta-base de cocaína - fl. 58), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede, por sua vez, a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, levando-se em consideração a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC nº 240.751/ES, relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe 01/08/2013)

B - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO STF. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo 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. Desse modo, 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 nesta Lei.

- No caso, não obstante a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável responsável pelo aumento da pena-base, justifica a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 59, II c/c o art. 33, § 3º do CP. Precedentes.

- Ademais, esta Corte tem entendimento de que a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de expressiva quantidade de entorpecentes - 6.860 g de substância derivada de cocaína), autoriza a imposição do regime inicial fechado. Precedentes.

- A falta do implemento do requisito objetivo, pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, inviabiliza a concessão da benesse prevista no art. 44 do CP.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC nº 251.087/MG, relatora a Ministra **MARILZA MAYNARD** (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe 12/03/2013)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0010816-6

AgRg no
REsp 1.301.826 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201061190038324 201200108166 21018410 2101842010 38324620104036119
383246201040361192

EM MESA

JULGADO: 12/11/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NOBUHLE ELIZABETH DZANIBE
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
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 : NOBUHLE ELIZABETH DZANIBE
ADVOGADO : GUSTAVO ZORTÉA DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.