



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.572 - MG (2012/0109215-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : THIAGO SANTOS DE CARVALHO
ADVOGADO : SÉRGIO DA COSTA MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM 1/2. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REGIME FECHADO. CASO CONCRETO.

1. Nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, o juiz deve considerar, com preponderância, sobre o disposto 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 § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos, sem que isso configure violação ao princípio do **non bis in idem**. Trata-se apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.
2. A partir do julgamento do HC nº 97.256/RS e do HC nº 111.840/ES, pelo Supremo Tribunal Federal, o regime prisional aos condenados por tráfico de drogas deve ser fixado de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal.
3. No caso, o regime fechado é o adequado, nos termos do que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos, levando-se em conta a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 919,33g (novecentos e dezenove gramas e trinta e três decigramas) de cocaína. Pelas mesmas razões não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
4. 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 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), 13 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.572 - MG (2012/0109215-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental contra decisão de fls. 245/256 que negou provimento ao recurso especial, no qual se objetivava a redução da pena no grau máximo - 2/3 (dois terços) -, em razão do privilégio legal, a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da privativa de liberdade imposta a Thiago Santos de Carvalho, condenado a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Pretendendo a redução no grau máximo, alega que "as condições impostas para a aplicação da redutora são favoráveis ao agravante, ou seja, é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa e não se dedica à atividade criminosa" (fl. 270).

Aduz, ainda, que "com a devida redução nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, o agravante estaria em adequação a todos os requisitos para a obtenção da substituição" (fl. 270), cabendo, ainda, a adequação do regime inicial de cumprimento da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.572 - MG (2012/0109215-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Relator):

Sem razão o agravante.

Na hipótese, a pena-base do agravante, após provimento parcial do apelo ministerial, foi fixada acima do mínimo legal, diga-se 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, nos seguintes termos (fl. 167):

Todavia, afigura-se obrigatória, de fato, a observância da quantidade de droga apreendida para efeito de fixação da pena-base, ex vi da determinação contida no art. 42 da Lei n.11.343/06, in verbis:

'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 produto, a personalidade e a conduta social do agente'.

Por outro lado, não há falar em decote da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto não se extrai da prova coligida elementos fáticos a indicar ser o recorrido criminoso habitual e contumaz, sendo certo que a expressiva quantidade de droga apreendida (919,33 gramas de cocaína) não constitui, por si só, óbice ao reconhecimento da benesse em referência.

Anote-se que a natureza e a quantidade da droga foram alçadas à condição de circunstâncias autônomas e preponderantes pelo art. 42 da Lei 11.343/06, cumprindo tomá-las em consideração para efeito de quantificação da pena a ser arbitrada. [...]

O Tribunal **a quo** manteve a redução na 1/2 (metade), pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, assim definida na sentença condenatória (fl. 120):

Por outro lado, em face da causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, e levando-se em consideração a quantidade de droga apreendida, DIMINUI as penas em metade [...].

Considerou-se, para fim de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o patamar de 1/2 (metade), devido a quantidade da droga apreendida - 919,33g (novecentos e dezenove gramas e trinta e três decigramas) de cocaína -, fator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, como visto, é preponderante para a fixação da pena no tráfico de entorpecentes, de acordo com art. 42 da Lei 11.343/2006.

Ressalte-se que a consideração da preponderância da natureza e da quantidade de entorpecente apreendido em mais de uma fase da dosimetria da pena não implica violação ao princípio do **ne bis in idem**, mas apenas utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos, conforme já se decidiu nesta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto 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 expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 4.845 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

*2. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo, notadamente em razão da significativa quantidade e da natureza da droga apreendida, não ocorrendo, na hipótese, indevido **bis in idem**, pelo acréscimo na pena-base e pela aplicação da causa especial de diminuição em seu grau mínimo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.*

3. A questão da possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena não foi debatida na origem, sendo, portanto, inviável dela cuidar, sob pena de indevida supressão de instância.

*4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. **In casu**, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.*

*5. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada. (HC nº 222.997/SP, relator a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOURA, DJe 27/8/2012).

E Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre o tema, destaca:

Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionado dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: "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, a personalidade e a conduta social do agente" (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 372).

O entendimento ora estabelecido não destoou do acima anunciado, porquanto explicitadas as razões para a escolha do percentual ideal de redução, com base nos ditames estatuídos pelos arts. 42 e 59 do Código Penal, providência escorreita à luz da jurisprudência desta Corte.

Passo a analisar a possibilidade de cumprimento da pena em regime mais brando, bem como de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pela prática de tráfico de drogas, razão por que mostrou-se necessária a própria adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, na forma dos precedentes deste Tribunal.

E, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** nº 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

Portanto, independentemente da natureza do crime, ou seja, de ser hediondo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou a ele equiparado, praticado antes ou depois da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal para a fixação do regime prisional.

Não obstante o **quantum** da pena definitiva autorize, em tese, a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, não mais vedada aos condenados pela prática de tráfico de drogas, o acórdão recorrido não merece ser reformado no caso concreto.

Isso porque, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos, o regime fechado é o mais adequado, levando-se em conta a grande quantidade de droga apreendida - 919,33g (novecentos e dezenove gramas e trinta e três decigramas) de cocaína -, circunstância, inclusive, utilizada para impedir a redução, em grau máximo, da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 e majorar a pena-base.

A quantidade e a natureza da droga apreendida, a rigor, impediriam a incidência da causa de redução de pena, do que não se cogita na presente decisão, em razão de se tratar de recurso exclusivo da defesa.

Assim, a quantidade e a natureza da droga, bem como a fixação da pena-base acima do patamar mínimo, recomendam a imposição de regime prisional mais rigoroso, não se mostrando adequada a pena substitutiva.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

A - PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA (70 GRAMAS DE CRACK). PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, a fixação do regime aberto, ou semiaberto, não se mostra razoável.

2. É que a quantidade e a natureza da droga atraem a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, a personalidade e a conduta social do agente'.

3. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou e decidiu pela negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em atenção à quantidade e à natureza da droga apreendida.

4. Condenado o paciente por tráfico de significativa quantidade de droga (70 gramas de crack), cuja natureza é extremamente devastadora, e tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, o regime mais adequado à espécie é o fechado, ainda que a pena imposta seja de 3 anos e 6 meses.

5. Ordem denegada. (HC n.º 213.604/ES, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 30/4/2012.)

B - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO **QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL, PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.**

1. 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.

2. Na hipótese, a quantidade da droga apreendida - 10 invólucros de maconha, 15 invólucros de crack e 22 pinos de cocaína - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

3. Não havendo ilegalidade patente na fixação do **quantum** a ser reduzido pela minorante do 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.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

6. No caso dos autos, evidencia-se a impossibilidade em se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

7. Ordem denegada. (HC nº 223.506/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 8/3/2012.)

C - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA.

1. O exame da insurgência, pautada no reexame das circunstâncias judiciais e análise da fixação da adequada pena base, demanda a incursão no conjunto probatório dos autos, medida vedada em sede de recurso especial.

2. Ademais, no caso, inexistente ilegalidade flagrante na fixação da reprimenda estabelecida em 3 (três) anos e 11 (onze) meses de reclusão. Foram apreendidos 108,1 g (cento e oito gramas e um centigrama) de cocaína e as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias do crime, esta em razão da natureza e quantidade de droga.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que para os delitos de tráfico de entorpecentes, considera-se adequada a majoração da pena-base acima do mínimo legal com base na quantidade de droga apreendida.

4. Na linha do entendimento desta Corte, embora a reprimenda não tenha alcançado 4 (quatro) anos não se mostra socialmente recomendável o estabelecimento diverso do fechado e a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos em tais casos.

5. Verificando-se que o agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado é de se manter na íntegra, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp nº 1.208.560/AC, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 14/3/2012.)*

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0109215-0

AgRg no
REsp 1.325.572 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024101542520001 10024101542520003 24101542520

EM MESA

JULGADO: 13/11/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : THIAGO SANTOS DE CARVALHO
ADVOGADO : FABIANO TORRES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : THIAGO SANTOS DE CARVALHO
ADVOGADO : SÉRGIO DA COSTA MOREIRA - 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.