



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 279.092 - SP (2013/0008797-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : T O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, C.C. O ART. 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/2006. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ART. 42 DA LEI DE ENTORPECENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E O RECORRIDO. TESE REFERENTE À CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME INICIAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 29.475 (vinte e nove mil, quatrocentos e setenta e cinco) gramas de cocaína - justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal, pois evidenciam a maior reprovabilidade da conduta do agente, sendo certo que art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresse no sentido de 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*".

2. Mostra-se incabível a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando reconhecido pelo Tribunal de origem que o Réu integra organização criminosa, diante da falta de preenchimento dos seus requisitos legais.

3. Reformar o acórdão atacado para conhecer que o Recorrente não se dedica à atividade criminosa e, portanto, preenche os requisitos para a aplicação da minorante, tal como requerido, encontra óbice no enunciado sumular n.º 7 desta Corte.

4. Muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, é de ser mantido o regime mais gravoso, no caso, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade e qualidade da droga apreendida).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Inviável a conversão da sanção privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, por se tratar de pena superior a 4 anos de reclusão, já que não preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

6. À minguia de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume.

7. 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 279.092 - SP (2013/0008797-2)

AGRAVANTE : T O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por T O, contra decisão de minha lavra, ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C.C. O ART. 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/2006. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ART. 42 DA LEI DE ENTORPECENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E O RECORRIDO. TESE REFERENTE À CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS. AGRADO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL." (Fl. 883)

Aduz o Agravante que a pena-base deve ser diminuída, aproximando-se do mínimo legal, uma vez que figuram contra o Recorrente somente duas circunstâncias negativas, quais sejam, a quantidade e a qualidade da droga apreendida, as quais não têm o condão de exasperar a pena-base em 02 (dois) anos do mínimo legal.

Alega que a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, não demanda o reexame do acervo fático-probatório produzido nos autos, mas, tão somente, a apreciação jurídica dos fatos já delineados, salientando que se trata de réu primário, portador de bons antecedentes, possuindo atribuição na empreitada delituosa na condição de "mula", circunstância que não se confunde com integração em organização criminosa – conclusão errônea das instâncias ordinárias.

Sustenta que a decisão agravada inovou na fundamentação para manutenção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, uma vez que a quantidade e a qualidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga não foram argumentos lançados no acórdão recorrido ou na sentença condenatória para imposição de regime inicial mais gravoso, o que constituiria, portanto, *reformatio in pejus*. Segue aduzindo que tal fundamentação não se presta para o recrudescimento do regime inicial de cumprimento da reprimenda, por não ser referido no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, sustenta que, na hipótese de acolhimento das teses que importem em fixação da pena em *quantum* inferior a 04 (quatro) anos, há que se reconhecer o direito da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Requer, por fim, a retratação da decisão agravada, ou, caso assim não se entenda, a submissão do presente recurso ao órgão colegiado competente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 279.092 - SP (2013/0008797-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, C.C. O ART. 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/2006. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ART. 42 DA LEI DE ENTORPECENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E O RECORRIDO. TESE REFERENTE À CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME INICIAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 29.475 (vinte e nove mil, quatrocentos e setenta e cinco) gramas de cocaína - justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal, pois evidenciam a maior reprovabilidade da conduta do agente, sendo certo que art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de 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"*.

2. Mostra-se incabível a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando reconhecido pelo Tribunal de origem que o Réu integra organização criminosa, diante da falta de preenchimento dos seus requisitos legais.

3. Reformar o acórdão atacado para conhecer que o Recorrente não se dedica à atividade criminosa e, portanto, preenche os requisitos para a aplicação da minorante, tal como requerido, encontra óbice no enunciado sumular n.º 7 desta Corte.

4. Muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, é de ser mantido o regime mais gravoso, no caso, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade e qualidade da droga apreendida).

5. Inviável a conversão da sanção privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, por se tratar de pena superior a 4 anos de reclusão, já que não preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

6. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume.

7. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, a decisão agravada fundamenta-se nos seguintes termos:

"[...]

Em relação às teses concernentes à fixação da pena e seu respectivo regime de cumprimento, o Tribunal de origem, no trecho do voto da Relatora que restou acolhido, esposou a seguinte fundamentação no que concerne à pena-base

'[...]

No tocante à fixação da pena-base da pena privativa de liberdade, de acordo com o novo sistema repressivo do tráfico ilícito de entorpecentes, instaurado pela Lei 11.343/06, é preciso levar em conta como circunstâncias preponderantes sobre aquelas do artigo 59, a natureza e a quantidade da droga, conforme o determinado pelo artigo 42 daquela lei.

A cocaína é droga que possui alto potencial lesivo, e grande poder de causar dependência física. Seus efeitos deletérios são devastadores do organismo humano e inclusive capazes de levar o consumidor ao óbito. A pena-base deve ser aumentada neste caso, atentando-se ao disposto na lei, eis que o tráfico dessa substância entorpecente deve sofrer maior reprimenda que o de outras drogas de lesividade inferior à saúde.

Dito isso, aumento a pena-base de 1/4 (um quarto), reconhecendo que esse é o patamar de proporcionalidade mais razoável.

Em relação à quantidade da droga, verifico que o réu transportava volume capaz de induzir muitas pessoas ao vício, mais de dois quilos, se considerarmos que o consumo individual da substância restringe-se a poucos gramas. Assim, o potencial lesivo dessa quantidade de cocaína, se levarmos em conta o bem jurídico tutelado, a saúde pública, é de relevo e merece reprimenda compatível ao seu desvalor e necessária ao seu desestímulo.

Aumento a pena-base, portanto, em função da quantidade, em 2/12, ou 1/6 'quantum' que se aplica seguindo o critério de aumento de 1/12 para cada quilo transportado, de forma a manter-se a incoerência na graduação da pena-base em relação a casos semelhantes.

Quanto às demais circunstâncias judiciais, aquelas previstas no artigo 59, não verifico se afaste a conduta do ordinariamente observado nesses casos de posse e transporte de droga por meio de 'mulas', razão pela qual não entendo ensejarem o aumento da pena-base, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incorrermos em bis in idem quanto às circunstâncias já consideradas pelo legislador ao descrever a conduta típica. Resulta o aumento da pena-base aplicado em $[(5 \text{ anos} + (1/4 + 1/6))]$, o que a eleva a 7 anos 3 meses e 15 dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove dias-multa.

Porém a pena-base fixada pelo juízo a quo é de 07 anos de reclusão, a qual mantenho tendo em vista a impossibilidade de agravamento da pena em recurso exclusivo da defesa.

[...]' (fls. 446/447).

Quanto às demais fases da dosimetria da pena, a Corte de origem afirmou que:

'[...]

A par do respeito e admiração que nutro pela Ilustre Relatora, dela ousou divergir acerca da aplicação do redutor da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Com efeito, tenho entendido que a aplicação da causa de diminuição de pena constante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 deve ficar restrita a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a pessoas atuantes no tráfico internacional de drogas.

Na hipótese, como bem se vê, o acusado, apesar de sua alegada condição de miserabilidade, foi preso com expressiva quantidade de substância entorpecente, ou seja, massa líquida total de 29.475 (vinte e nove mil, quatrocentos e setenta e cinco) gramas de cocaína, conforme laudo de fls. 175/178, de elevado valor econômico, que, como por ele próprio afirmado, o financiamento da empreitada envolve pessoas de vultosa capacidade econômica, ou seja uma organização criminosa aliciando pessoas.

Por outro lado, a circunstância em que ocorreu a contratação do agente, o qual recebeu uma proposta para enviar drogas ao Congo Brazzaville/África, por meio de despachante aduaneiro, recebendo para o custeio dos fretes a importância de R\$6.000,00 (seis mil reais), já incluída a sua comissão de aproximadamente 30%, sendo que o entorpecente já se encontrava acondicionado em palets de madeira, tudo isso torna evidente a existência de uma organização criminosa e o enredamento do acusado nela.

Observa-se, pois, que o apelante, de forma habitual ou não, integrava associação criminosa, participando, como exportador da considerável quantidade da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Nessa trilha já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que: '(...) Incabível a aplicação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, frente às circunstâncias que norteiam a prática delitiva, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, bem como diante as declarações do réu, que seguramente transportava a droga por conta e ordem de organização criminosa, exercendo a função de mula' (ACR nº 29658 - Proc. nº 2006.61.19.008219-0 - 2ª T. - Rel. Desembargadora Cecília



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mello - DJF3 12.06.08).

[...]

Deve ser avaliada, caso a caso, a interpretação que entende cabível a aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 às chamadas 'mulas' do tráfico internacional de drogas, pois tal aplicação se mostra incompatível com a finalidade de recrudescimento da repressão a narcotraficância, esposada pela nova Lei Antidrogas e, ademais, favoreceria as atividades das organizações criminosas voltadas para o comércio ilegal de substâncias entorpecentes. Nesse diapasão, oportuno citar o seguinte precedente da 5ª Turma do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

[...]

Afasto, pois, a aplicação da causa de diminuição de pena estampada no § 4º, do artigo 33, da nova Lei Antidrogas.

Destarte, passo à nova dosimetria da pena aplicada.

Considerando a pena base fixada em 07 (sete) anos de reclusão, mais o pagamento de 700 dias multa, a redução de 1/6 (um sexto) pela incidência de circunstância atenuante da confissão e, o aumento de 1/6 (um sexto) decorrente da internacionalidade do delito, a pena definitiva resulta em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 708 (setecentos e oito) dias multa, no valor unitário mínimo legal, regime inicialmente fechado.

Por derradeiro, a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos não se aplica nos casos de tráfico de entorpecentes, até porque não seria suficiente para a reparação do injusto.

Saliento, de início, que não antevejo qualquer inconstitucionalidade nas normas previstas no art. 44 ou no § 4º do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/06, até porque cabe ao legislador ordinário estabelecer as hipóteses de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, de tal sorte que as restrições legais em comento não são incompatíveis com a garantia constitucional da individualização de pena (artigo 5º, XLVI da Constituição Federal).

E, no caso de tráfico de entorpecentes, nada mais fez o legislador do que dar concretude ao tratamento mais severo dispensado pela Carta Magna a delitos hediondos ou a ele assemelhados, como é a hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 5º, inciso XLIII da CF).

A natureza do delito pressupõe grave lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública) e não seria razoável, nesses casos, possibilitar a substituição das penas corporais por restritivas de direitos, insuficientes para a prevenção e a repressão aos crimes de tráfico de drogas.

[...]

Observo que o fato do Supremo Tribunal Federal ter considerado inconstitucional o art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90 em nada altera a conclusão ora esposada, já que o início do cumprimento da pena corporal, em se tratando do crime de tráfico de drogas, continua sendo o inicialmente fechado, conforme redação dada ao mencionado dispositivo legal pela Lei nº 11.460/07, afigurando-se incongruente que o agente seja condenado inicialmente ao cumprimento de pena em regime mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rigoroso (fechado) e ao mesmo tempo seja posto em liberdade por ter a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos.

Aliás, há expressa disposição legal (art. 44 da Lei nº 11.343/06) vedando a conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos para os casos de tráfico de entorpecentes.

Feitas tais colocações, e somente a título de argumentação, deve ser ainda ressaltado que o apelante, levando em conta o quantum da condenação a ele aplicado (06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão), não preenche os requisitos objetivos do art. 44 do Código Penal para concessão do benefício de conversão da pena corporal em restritiva de direitos, já que a sanção penal cominada é superior ao limite máximo de 04 anos de reclusão previsto na lei.

Quanto ao mais, acompanho o voto da Ilustre Relatora.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação da defesa para reduzir a pena imposta a TAGBO OBIENU a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 708 (setecentos e oito) dias multa. Mantida, quanto ao mais a sentença.

[...]' (fls. 457/462).

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

Ainda, ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

*Por oportuno, o art. 42 da Lei de Tóxicos é expresso no sentido de 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**" (grifei).*

Assim, é evidente que a majoração da pena-base encontra-se devidamente fundamentada, como bem ressaltado pelo Tribunal de origem, em face da quantidade e qualidade da droga apreendida: 29.475g (vinte e nove mil, quatrocentos e setenta e cinco gramas) de cocaína , quantidade expressiva, ao contrário do aduzido pelo Recorrente.

Nesse sentido:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL. MANUTENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESPROVIDO.

- **Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base em 1 (um) ano.**

[...]

- **Na hipótese, a natureza e quantidade da substância apreendida - 50 g (cinquenta gramas) de cocaína - são elementos hábeis a justificar a não aplicação da minorante em seu grau máximo de 2/3 (dois terços).**

[...]

Agravo regimental desprovido.' (AgRg no REsp 1254307/BA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013; sem grifos no original.)

'AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONFISSÃO ESPONTÂNEA CONSIDERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI FEDERAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA 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. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende, na fixação da dosimetria da pena - nos 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, no caso 0,927 g (novecentos e vinte e sete grama) de maconha (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

[...]

7. Agravo regimental improvido.' (AgRg no REsp 1075161/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012; sem grifos no original.)

Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.

Constata-se que o quantum de aumento em 02 (dois) anos da pena-base, na hipótese, revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito de tráfico de drogas é de 05 a 15 anos. Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador.

Quanto ao cabimento do apelo especial pelo dissídio jurisprudencial, constata-se a ausência de similitude fática, uma vez que, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão paradigma, o tipo penal tratado se refere ao tráfico ilícito de entorpecentes inserto na Lei n.º 6.368/76, que não tinha previsão acerca da valoração da quantidade e natureza da droga quando da fixação da pena-base, as quais, como anteriormente mencionado, segundo o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, devem ser preponderantes às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No que se refere à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, extrai-se que o Tribunal a quo concluiu pela não configuração do benefício, reconhecendo o Recorrente como participante de organização criminosa - juízo corroborado pelas provas coligidas aos autos. Como sabido, infirmar tal entendimento demanda, irremediavelmente, incursão no acervo fático-probatório, a teor da Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Cabe ressaltar, ainda, ad argumentandum, não se constatar, no caso, a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos HHCC n.ºs 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI.

A pena-base do Recorrente, conforme anteriormente exposto, foi devidamente fixada acima do mínimo legal. E, conforme orientação do STF, não há bis in idem se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 deixou de ser aplicada por integrar o Condenado organização criminosa.

No ponto, decidiu a Suprema Corte tão somente o que se segue:

'Caracteriza bis in idem considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por outro lado, não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena.' (Informativo STF n.º 733 – grifei.)

Da mesmo mesmo Informativo extrai-se ainda as seguintes ponderações:

'Observou-se que, na primeira fase, dever-se-ia levar em conta algumas circunstâncias, preponderantes ou não, e, mais adiante, dosar-se-ia a redução com base em circunstâncias diferentes, a se evitar o bis in idem. Sem admitir essa interação entre o § 4º do art. 33 e o art. 42, ambos da Lei 11.343/2006, o julgador ficaria limitado a aplicar, indistintamente, a maior fração a todos os condenados que tivessem jus à redução, a acarretar uma uniformidade de apenamento, em flagrante violação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da legalidade, da motivação e da individualização da pena. Pontuou-se que, qualquer que fosse a circunstância utilizada pelo sentenciante (não apenas a quantidade e a qualidade da droga), estar-se-ia considerando, em última



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise, o art. 42 da Lei de Drogas. Ponderou-se que essa discricionariedade, juridicamente vinculada, conferida ao magistrado, de definir o momento de sopesar as circunstâncias, seria admitida na jurisprudência do STF. Asseverou-se que as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/2006 poderiam ser consideradas, alternativamente, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria. Destacou-se que esse critério, além de afastar a ocorrência de bis in idem, prestigiaria o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Por fim, registrou-se que aplicar qualquer fração de diminuição, diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias, demandaria o revolvimento de fatos e provas, inviável em sede de habeas corpus.'

Vale ressaltar, ainda, que tal orientação foi reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES – repercussão geral), conforme noticiado pelo site oficial da Suprema Corte na internet:

'STF reafirma jurisprudência sobre aplicação da quantidade e natureza da droga na dosimetria

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu repercussão geral do tema tratado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 666334 e, no mérito, reafirmou jurisprudência da Corte no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. A decisão majoritária foi tomada por meio de deliberação no Plenário Virtual do STF, seguindo manifestação do relator do processo, ministro Gilmar Mendes.

De acordo com os autos, o recorrente foi preso em flagrante em julho de 2008, em Manaus (AM), portando 162 g de cocaína e condenado pelo juízo de primeira instância à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 460 dias-multa pelo crime de tráfico de entorpecentes (artigo 33 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas). Ao julgar apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ-AM) manteve a sentença e, em seguida, negou a subida do recurso extraordinário ao Supremo. Contra a decisão que inadmitiu a remessa do recurso, o recorrente interpôs o agravo.

No STF, a defesa alegou desproporcionalidade na fixação da pena-base, que teria sido exacerbada “muito acima do mínimo legal apenas em virtude da quantidade e da qualidade da droga apreendida, haja vista a inexistência de qualquer outra circunstância desfavorável”. Sustentou ainda a ocorrência de bis in idem, pois a quantidade e a natureza teriam sido valoradas tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, na aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/3.

Manifestação

O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, explicou que o Plenário, na sessão realizada em 19 de dezembro do ano passado, ao julgar os Habeas Corpus (HCs) 112776 e 109193, ambos de relatoria do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ministro Teori Zavascki, firmou entendimento de que, em condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, **a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.** “Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem”, destacou.

O ministro se manifestou pelo reconhecimento da repercussão da matéria e pela reafirmação da jurisprudência do Tribunal, no que foi seguido por maioria. Dessa forma, ele conheceu do agravo e deu provimento ao RE para determinar que o juízo de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, observando o entendimento firmado pelo STF.

Mérito

De acordo com o artigo 323-A do Regimento Interno do STF, o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também pode ser realizado por meio eletrônico.' (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264728>; acessado em 14/04/2014 – grifei)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Registre-se que o regime inicial fechado foi fixado corretamente, já que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na hipótese, devem ser complementadas pelo disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, sendo de especial relevo a quantidade e a qualidade da droga encontrada na posse do Agravante – repise-se, 29.475g (vinte e nove mil, quatrocentos e setenta e cinco gramas) de cocaína, fator suficiente para demonstrar que a gravidade da conduta extravasa a normalidade do tipo penal em apreço, a teor do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

De outra parte, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, Relator Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra.

Não obstante o afastamento do óbice legal, constata-se que, no caso em apreço, não há o requisito objetivo, qual seja, pena abaixo de quatro anos, previsto no art. 44 do Código Penal.” (fls. 887/895)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0008797-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 279.092 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201061190003530 3534520104036119 43557

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : T O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : 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 : T O
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.