



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 444.575 - MS (2013/0399981-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : DIEGO DOS SANTOS TABIAN
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. A NATUREZA E A QUANTIDADE DE DROGA (111,9 KG DE MACONHA) UTILIZADAS TANTO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO PARA A APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. INDEVIDO *BIS IN IDEM*. ACATAMENTO DA ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARTICULARIDADE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, ENTRETANTO, IMPEDE A AMPLIAÇÃO DO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO JÁ CONSIGNADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* n.ºs 112.776/MS e 109.193/MG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, na sessão de 19/12/2013, decidiu que: *"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)

2. Sem embargo, no caso em testilha considerou o Tribunal *a quo* que o réu não faria jus à minorante, por dedicar-se a atividades criminosas, mas a manteve no mesmo patamar estabelecido na sentença, porque não houve recurso do Ministério Público. Assim, se nem mesmo era o caso de se aplicar a causa de diminuição, mas o benefício foi indevidamente concedido, sem recurso ministerial, sua manutenção no patamar já estabelecido (1/3) não representa nenhum constrangimento ilegal.

3. 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), 07 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 444.575 - MS (2013/0399981-8)

AGRAVANTE : DIEGO DOS SANTOS TABIAN
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por DIEGO DOS SANTOS TABIAN, contra decisão de minha lavra ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO NO PATAMAR DE 1/3 PELA QUANTIDADE DA DROGA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS AO RÉU. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRADO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL." (fl. 255)

Irresignada, interpõe a Defesa o presente agravo regimental no qual pleiteia *"a remessa deste agravo regimental para a competente Turma, a fim de que seja dado provimento a ele, para recalcular a reprimenda aplicada, com a adoção da máxima fração legal referente à causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, em razão do princípio do non bis in idem ou, subsidiariamente, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, com patamar superior a 1/3 na minorante em comento, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."* (fl. 282)

Aduz ainda que *"seja fixado o regime inicial SEMIABERTO para o cumprimento da pena."* (fl. 282)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 444.575 - MS (2013/0399981-8)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. A NATUREZA E A QUANTIDADE DE DROGA (111,9 KG DE MACONHA) UTILIZADAS TANTO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO PARA A APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. INDEVIDO *BIS IN IDEM*. ACATAMENTO DA ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARTICULARIDADE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, ENTRETANTO, IMPEDE A AMPLIAÇÃO DO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO JÁ CONSIGNADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* n.ºs 112.776/MS e 109.193/MG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, na sessão de 19/12/2013, decidiu que: *"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)

2. Sem embargo, no caso em testilha considerou o Tribunal *a quo* que o réu não faria jus à minorante, por dedicar-se a atividades criminosas, mas a manteve no mesmo patamar estabelecido na sentença, porque não houve recurso do Ministério Público. Assim, se nem mesmo era o caso de se aplicar a causa de diminuição, mas o benefício foi indevidamente concedido, sem recurso ministerial, sua manutenção no patamar já estabelecido (1/3) não representa nenhum constrangimento ilegal.

3. Agravo regimental desprovido.

VOTO

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

No caso, o Juízo primevo considerou para a majoração da pena-base a valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, o motivo, as circunstâncias do crime e as suas consequências. Ressaltou o Magistrado, ainda, a **preponderância da natureza e a quantidade do entorpecente, na forma do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06**. Outrossim, na terceira fase, **concedeu a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, do mesmo diploma, no patamar de 1/3, em razão das circunstâncias e consequências do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime, em referência expressa à natureza e quantidade da droga, conforme a seguir se evidencia:

*"Inicialmente, cumpre analisar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, caput, do Código Penal, as quais fornecem os critérios necessários para a fixação da pena-base. O acusado tem bons antecedentes. Sua conduta social não tem nada que a desabone, assim como sua personalidade. a culpabilidade é intensa, expressa no dolo. O motivo é repugnante, pois agiu com cupidez, almejando o veículo Renault/Clio. O comportamento da vítima é irrelevante. **As circunstâncias do crime de tráfico são anormais, pois a substância foi encontrada em lugar que dificulta a ação policial, escondida junto ao pára-choque do veículo. As consequências do crime são nefastas, pois foram transportados 111,9 Kg (cento e onze quilos e novecentos gramas) de maconha, substância entorpecente causadora de inúmeros problemas sociais. Destarte, considerando especialmente as consequências e circunstâncias do crime de tráfico de entorpecentes, e atento ao fim de prevenção e repressão do delito em questão, fixo a pena-base em 08 anos de reclusão.** Desse modo, na segunda fase da dosimetria, há circunstâncias atenuantes, porque o acusado confessou o delito. Entendo que tal circunstância prepondera sobre a agravante de cometimento do crime mediante promessa de recompensa, pois a confissão é circunstância preponderante. Assim, reduzo a pena em 1/6 para chegar a **06 anos e 08 meses**. Na terceira fase de aplicação da pena, o réu incide nas causas de aumento previstas nos incisos I e V do artigo 40 da Lei 11.343/2006, razão pela qual aumento a pena em 1/3, para atingir **08 anos, 10 meses e 20 dias** de reclusão. O réu merece a causa de diminuição prevista no parágrafo 4.º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, razão pela qual diminuo a pena em 1/3, fração que se impõe diante das circunstâncias e consequências do crime. Portanto, chego a pena do acusado na cifra de **5 anos, 11 meses e 03 dias de reclusão**. Igualmente, quanto à pena de multa para o delito de tráfico, segundo as circunstâncias judiciais acima expostas, fixo a pena-base em 800 dias-multa. Em função da atenuante, causas de causas de aumento e diminuição, e acompanhando progressivamente a fixação da pena, atinjo o montante de 511 (quinhentos e onze) dias-multa. Arbitro o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, porque não há, nos autos, informações atualizadas acerca da situação financeira do réu. Assim, fixo a pena privativa de liberdade definitiva em 5 anos 11 meses e três dias de reclusão e 511 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, vigente na data do fato. Como regime inicial para o cumprimento da pena, fixo o regime inicial fechado, na forma do art. 33, § 2º, a, do Código Penal Brasileiro, mediante cumprimento de condições a serem estabelecidas pelo juízo competente para a execução penal. Não há como colocar, inicialmente, o acusado no regime aberto, pois o regime inicial fechado é imposição legal que independe da quantidade de sanção imposta e eventuais condições pessoais favoráveis do réu." (fls. 58/59)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão de origem, por sua vez, na primeira fase, manteve a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Na terceira fase, consignou a inaplicabilidade da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, mas a manteve no patamar estabelecido pela sentença, uma vez que não houve recurso da acusação. Confirmam-se os fundamentos do aresto recorrido:

"Quanto à pena base, observo que o artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece expressamente que, no crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Saliente-se que o objeto jurídico tutelado no crime de tráfico de entorpecente é a saúde pública e, portanto, quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde público, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida e, consequentemente, a elevação da pena-base.

[...]

Do exame do caso concreto, é razoável a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Com efeito, o montante de maconha é bastante expressivo (111.800 gramas), vez que tal montante seria capaz de servir a grande número de usuários e dependentes, a violar a saúde pública de maneira considerável.

[...]

Quanto à causa de diminuição de pena do traficante ocasional, observo que dispõe o artigo § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organizações criminosas."

Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

[...]

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que o réu integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividade criminosas.

A expressiva quantidade da droga apreendida (111.800 gramas de maconha); o fato de haver confessado que tinha sido contratado para transportar a droga para campinas/SP; o fato de haver combinado o recebimento do próprio veículo como pagamento, conforme relato em interrogatório judicial, referido na r. sentença apelada (fls. 94).

Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se à atividades criminosas, o réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Contudo, à mingua de recurso da acusação quanto ao ponto, e em atenção ao princípio tantum devolutum quantum appellatum e à proibição da reformatio in pejus, mantenho a causa de diminuição no patamar estipulado na sentença (um terço) [...]." (fls. 153/156; sem grifos no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na decisão ora agravada, atenta à orientação deste Superior Tribunal de Justiça em reiterados julgados, manteve a tese esposada pela sentença de que a quantidade e a qualidade das substâncias entorpecentes apreendidas poderiam ser utilizadas tanto para a fixação da pena-base quanto para orientar o patamar de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, o que não caracterizaria *bis in idem*, em razão dos diferentes critérios inferidos a partir desse exame.

Todavia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* n.ºs 112.776/MS e 109.193/MG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, na sessão de 19/12/2013, em acórdão ainda pendente de publicação, decidiu que:

"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)

Do 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 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."

Seria, **em princípio**, o caso de readequar a decisão agravada, a fim de se alinhar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à nova orientação do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo seguida por este Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, a situação em testilha sugere outra solução, dada uma peculiar circunstância consignada no acórdão do Tribunal de origem, qual seja, "*No caso dos autos há elementos que permitem concluir que o réu integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividades criminosas.*" E, nesse contexto, consignou o voto-condutor do aresto recorrido que, "*à mingua de recurso da acusação quanto ao ponto, e em atenção ao princípio tantum devolutum quantum appellatum e à proibição da reformatio in pejus, mantenho a causa de diminuição no patamar estipulado na sentença (um terço) [...].*"

Ou seja: muito embora o réu não fizesse jus à minorante, por dedicar-se a atividades criminosas, o Tribunal *a quo* a manteve no mesmo patamar estabelecido na sentença, porque não houve recurso do Ministério Público. Assim, se nem mesmo era o caso de se aplicar a causa de diminuição, mas o benefício foi indevidamente concedido, sem recurso ministerial, sua manutenção no patamar já estabelecido não representa nenhum constrangimento ilegal.

Por essa razão, ainda que por outro fundamento, fica mantida a decisão agravada.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0399981-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 444.575 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024946320114036002 201160020024948 201303999818 24946320114036002 9112011

EM MESA

JULGADO: 07/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DIEGO DOS SANTOS TABIAN
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 : DIEGO DOS SANTOS TABIAN
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.