



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.279 - SP (2010/0134697-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : D L R A
ADVOGADO : SÉRGIO DA COSTA MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 5.180 (CINCO MIL, CENTO E OITENTA) GRAMAS DE COCAÍNA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. IMPROCEDÊNCIA. TESE DE *BIS IN IDEM* DECORRENTE DA CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS ROBUSTOS A INFIRMAR AS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO AGRAVADA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A reprimenda-base foi elevada do mínimo legal em razão da natureza do entorpecente traficado – cocaína – e em razão da sua considerável quantidade – 5.180 (cinco mil cento e oitenta) gramas –, sem destoar, dessa forma, da jurisprudência sedimentada nesta Corte.

2. Sem sucesso a tese de *bis in idem* decorrente da consideração da natureza e da quantidade da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da individualização da pena, pois o Agravante não trouxe argumentos idôneos e robustos o bastante para infirmar os fundamentos da decisão ora agravada, proferida em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, devendo, assim, ser mantida incólume.

3. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter afastado, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, a natureza e a quantidade da droga objeto de tráfico, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. 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 e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.279 - SP (2010/0134697-9)

AGRAVANTE : D L R A
ADVOGADO : SÉRGIO DA COSTA MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental no recurso especial interposto por D L R A em face de decisão, de minha lavra, emendada nos seguintes termos, *litteris*:

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 5.180 (CINCO MIL, CENTO E OITENTA) GRAMAS DE COCAÍNA. 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 MÍNIMO PELA QUANTIDADE DA DROGA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO DO QUANTUM DA PENA NÃO PREENCHIDO. DIREITO DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE PERMANECEU PROVISORIAMENTE ENCLAUSURADO DURANTE TODA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO." (fl. 509)

O Agravante alega que *"a argumentação colacionada pelos Juízos ad quo não se mostra idônea"* (fl. 535) para fundamentar a elevação da pena-base, pois valeu-se de elementos inerentes ao próprio preceito incriminador.

Aduz que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de drogas na primeira fase da individualização da pena, a fim de elevá-la; e na determinação do patamar de redução, fixando-o em fração abaixo de dois terços.

Pugna, ainda, pela fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.279 - SP (2010/0134697-9)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 5.180 (CINCO MIL, CENTO E OITENTA) GRAMAS DE COCAÍNA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. IMPROCEDÊNCIA. TESE DE *BIS IN IDEM* DECORRENTE DA CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS ROBUSTOS A INFIRMAR AS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO AGRAVADA. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A reprimenda-base foi elevada do mínimo legal em razão da natureza do entorpecente traficado – cocaína – e em razão da sua considerável quantidade – 5.180 (cinco mil cento e oitenta) gramas –, sem destoar, dessa forma, da jurisprudência sedimentada nesta Corte.

2. Sem sucesso a tese de *bis in idem* decorrente da consideração da natureza e da quantidade da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da individualização da pena, pois o Agravante não trouxe argumentos idôneos e robustos o bastante para infirmar os fundamentos da decisão ora agravada, proferida em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, devendo, assim, ser mantida incólume.

3. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter afastado, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, a natureza e a quantidade da droga objeto de tráfico, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LAURITA VAZ (RELATOR):

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, não procede a tese de que se elevou a pena-base com esteio na negatização de elementos inerentes ao próprio tipo penal.

Na verdade, a reprimenda-base foi elevada do mínimo legal em razão da natureza do entorpecente traficado – cocaína – e em razão da sua considerável quantidade – 5.180 (cinco mil cento e oitenta) gramas –, sem destoar, dessa forma, da jurisprudência sedimentada nesta Corte, como se vê deste trecho do acórdão estadual:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"No que se refere à fixação da pena-base, como se observa do auto de apreensão (fls. 08) e do laudo de exame em substância (fls. 8 1/84), foi apreendida, em poder do acusado, substância entorpecente altamente deletéria, com grande poder de criar vício e dependência (cocaína) e em quantidade considerável (5.180 gramas), o que denota, sem dúvida, uma maior culpabilidade e lesão mais intensa ao bem jurídico tutelado (saúde pública), **justificando o recrudesimento da sanção penal, atendendo, inclusive, o comando normativo inserto no art. 42 da Lei nº 11.343/06: '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 do produto, a personalidade e a conduta social do agente' (grifei).**

Saliente-se que, mesmo antes da vigência da Lei nº 11.343/06, sob a égide da antiga Lei Antidrogas, o E. Superior Tribunal de Justiça já entendia que **a quantidade significativa de substância estupefaciente já era suficiente para a majoração da reprimenda penal**: 'A grande quantidade de substância entorpecente apreendida (141 kg) é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes do STJ e do STF)' (HC 102032/PE - 5a. T - Rel. Min. Felix Fischer - DJe 04.08.08).

Desta forma, a pena-base do apelante, considerando a culpabilidade e as consequências do crime não poderia mesmo ser fixada no patamar mínimo legal previsto no art. 33, caput da Lei nº 11.343/06, devendo ser mantida, assim, a pena-base em 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão, acrescida do pagamento de 790 (setecentos e noventa) dias multa, conforme estipulada no decisum de primeiro grau." (fls. 352/353, sem grifo no original.)

Portanto, correto o acórdão impugnado, que decidiu de maneira harmônica com a jurisprudência firmada nesta Corte:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL IMPETRADO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há constrangimento ilegal no aumento da pena-base se, no acórdão impugnado, esclareceu-se ter sido grande a quantidade de substância entorpecente apreendida - 2.810 kg (dois quilogramas e oitocentos e dez gramas) de 'cocaína', pois o 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'.

[...]

10. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 213.679/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13/03/2013, sem grifo no original.)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. **PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

2. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. 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 quantidade da substância entorpecente apreendida, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

[...]

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena." (HC 222.317/ES, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 27/02/2013, sem grifo no original.)

Quanto à tese de *bis in idem* decorrente da consideração da natureza e da quantidade da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da individualização da pena, o Agravante não trouxe argumentos idôneos e robustos o bastante para infirmar os fundamentos da decisão ora agravada, proferida em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, devendo, assim, ser mantida incólume.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, no tocante ao regime 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.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS PREENCHIDOS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena nele prevista, o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique a atividades delituosas e nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, considerando que o Paciente preenche todos os requisitos necessários à aplicação da minorante e tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 3,2 g (três gramas e dois decigramas) de "cocaína" -, deve ser aplicado o redutor no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), atendendo-se à proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime.

3. O Plenário do Pretório Excelso, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime prisional 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.

4. No caso, considerando o quantum de pena estabelecido, bem assim a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal.

5. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pelo Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, o que ensejou a edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

6. Na hipótese, o Paciente preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação do Paciente, estabelecer sua pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixando o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais, bem assim para substituir a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo mesmo Juízo." (HC 257.381/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13/12/2012.)

Na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, a natureza e a quantidade da droga traficada, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Assim, por seus próprios fundamentos, mantenho a decisão agravada, que ora apresento à apreciação deste Colegiado.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0134697-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.205.279 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200861190088266 88268820084036119

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : D L R A
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - 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 : D L R A
ADVOGADO : SÉRGIO DA COSTA MOREIRA - 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 e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).