



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.373.277 - MG (2013/0096865-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALTIVO AMORATO LOBO
ADVOGADO : GILBERTO LUIZ ZWETSCH E OUTRO(S)
CORRÉU : JOSÉ DIAS DA SILVA
CORRÉU : MANOEL DE OLIVEIRA LOBO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NÃO DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. REVERSÃO. SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA RECONHECIDA COMO VETORIAL NEGATIVA NA PENA-BASE. *BIS IN IDEM*. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A quantidade da droga pode justificar a não incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação à atividade criminosa.
2. Reconhecido pelo Tribunal de origem o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto não comprovada a dedicação do réu à atividade criminosa, a despeito da quantidade de droga apreendida, a reversão das premissas fáticas adotadas no acórdão encontra óbice na Súmula 7/STJ.
3. A pretensão de reduzir a fração da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aplicando-a em 1/6, configura vedado *bis in idem*, quando a quantidade da droga já foi utilizada como vetorial negativa no cálculo da pena-base.
4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.373.277 - MG (2013/0096865-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ALTIVO AMORATO LOBO**
ADVOGADO : **GILBERTO LUIZ ZWETSCH E OUTRO(S)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe agravo regimental em face de decisão que negou seguimento ao recurso especial.

Reitera o agravante as razões deduzidas no recurso especial, aduzindo que *contrariamente ao conjunto probatório analisado no próprio aresto e ignorando a ausência de um dos requisitos para incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (dedicação à atividade criminosa), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu por reconhecer a causa de atenuação (fl. 674).*

Aduz, ainda, que, *além de ter reconhecido equivocadamente a minorante disposta no art. 33, § 4º, do aludido diploma legal, a Corte Estadual, desconsiderando o grande volume de droga transportada por Altivo (dez quilos de cocaína), reduziu a sua pena em 1/2 (metade) e não no patamar mínimo de 1/6 (fl. 375).*

Requer a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Sexta Turma, a fim de que seja dado provimento ao recurso especial.

Instada a se manifestar, a parte agravada não apresentou impugnação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.373.277 - MG (2013/0096865-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Insurge-se o *Parquet* quanto à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e, alternativamente, quanto ao patamar de diminuição da pena aplicado.

Para melhor compreensão da controvérsia, confirmam-se os fundamentos do Tribunal *a quo* (fls. 568/569):

Quanto à pena aplicada a Altivo Amorato Lobo, penso que ela merece alguns reparos.

Ressalto que o réu Altivo tem direito à minorante do § 4º do artigo 33 da lei de drogas, uma vez que é primário, possuidor de bons antecedentes, não integrante de organização criminosa, nem dedicado a atividades criminosas. Entretanto, devido à natureza e quantidade da droga, não faz jus ao seu patamar máximo.

Após a análise das circunstâncias judiciais trazidas no art. 59 do CP não vejo como vigorar a pena-base tão acima do mínimo legal conforme disposto, vez que nem todas as circunstâncias lhe são desfavoráveis. Não há nos autos elementos capazes de aferir a conduta social e a personalidade do réu, devendo tais circunstâncias ser tidas como favoráveis. Os motivos e as circunstâncias são próprias do delito, devendo ser consideradas favoráveis. As conseqüências, porém, são graves frente a grande quantidade de droga apreendida o que ocasionaria grande risco de dano à coletividade. Assim, tenho por bem em reduzir a pena-base para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Frente a atenuante da confissão espontânea reduzo a pena em 1/6 (um sexto) para fixá-la, provisoriamente, em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 542 (quinhentos e quarenta e dois) dias-multa.

Em decorrência da causa de aumento prevista no art. 40, V da Lei 11.343/06 aumento a pena em 1/6 fixando-a em 06 (seis) anos e 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 632 (seiscentos e trinta e dois) dias-multa. Em virtude da incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06, reduzo a pena do acusado em 1/2 (metade), concretizando-a em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 316 (trezentos e dezesseis) dias-multa.

Como já adiantado na decisão monocrática, é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade criminosa.

Na espécie, o Tribunal de origem reconheceu o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 pelo réu, tendo considerado que, na hipótese, a quantidade de drogas apreendidas não evidencia a sua dedicação à atividade criminosa

Como cediço, a aplicação do mencionado benefício é direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do *quantum* de redução a ser aplicado no caso.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGA (206,7g DE COCAÍNA), SEM INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. AFASTAMENTO DEVIDO. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREVISÕES LEGAIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

3. Hipótese que o Tribunal de origem, a par de reconhecer expressamente o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 pelo paciente, negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade de drogas apreendida (206,7g de cocaína), não tendo indicado, em nenhum momento que tal quantidade evidenciaria dedicação à atividade criminosa.

4. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.

5. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados. *Precedentes.*

6. Outrossim, não subsiste a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista na parte final do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo sido declarado inconstitucional, pelo Pleno do STF, quando do julgamento do HC n. 97.259 (Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO - DJe 16/2/2010), na parte relativa à proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a edição da Resolução 05/2012, em 15/2/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

7. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para restabelecer a sentença, no que diz respeito à pena fixada (2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa), determinando ao juízo das execuções ou o Tribunal de origem - conforme tenha ou não havido trânsito em julgado da condenação - proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a gravidade abstrata do delito, bem assim a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, à luz do art. 44 do CP, excluída a vedação legal do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (parte final) (HC 338.843/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DA MINORANTE EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Reconhecido o direito à redução de pena, para a fixação do respectivo coeficiente em patamar inferior ao máximo previsto em lei, exige-se a devida fundamentação.

3. Na espécie, o estabelecimento da minorante em 1/3 (um terço) foi justificado na elevada quantidade de droga apreendida, fundamento que encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal.

4 - Ordem denegada (HC 126.447/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, alterar o posicionamento do Tribunal *a quo*, que reconheceu o direito do réu à incidência da minorante prevista § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, como pretende o Ministério Público, implica revisar o conjunto fático-probatório dos autos, providência incabível na via eleita, conforme o óbice contido na Súmula 7/STJ.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. ART. 33, §, 4º DA LEI 11.343/06. FRAÇÃO APLICADA. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE, IN CASU. AGRAVO DESPROVIDO.

- A modificação da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, implica revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos. Súmula n. 7/STJ.

- Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao recorrente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína). (HC 228.963/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/04/2015) Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.522.953/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 12/11/2015)

Por fim, diminuir a fração de redução da pena, aplicando-a em 1/6, como pretende o Ministério Público, configuraria vedado *bis in idem*, porquanto a quantidade da droga já foi utilizada como vetorial negativa no cálculo da pena-base.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. CARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), esta Corte tem decidido que configura *bis in idem* a utilização da natureza e da quantidade de entorpecente, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena.

2. Verificada a dupla valoração de idêntica circunstância - quantidade de droga - em momentos distintos da dosimetria, cabe ao Tribunal de origem o refazimento da pena, afastando o *bis in idem*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

identificado.

3. *Agravo regimental não provido* (AgRg no REsp 1456993/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 30/03/2016).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0096865-7

AgRg no
REsp 1.373.277 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024080956642 10024080956642 10024080956642001 10024080956642003 24080956642
9566427820088130024

PAUTA: 17/05/2016

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : ALTIVO AMORATO LOBO
ADVOGADO : GILBERTO LUIZ ZWETSCH E OUTRO(S)
CORRÉU : JOSÉ DIAS DA SILVA
CORRÉU : MANOEL DE OLIVEIRA LOBO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALTIVO AMORATO LOBO
ADVOGADO : GILBERTO LUIZ ZWETSCH E OUTRO(S)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.