



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.143 - SP (2014/0286291-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : DANILO COSTA REIS DE ARAÚJO
ADVOGADO : JOELMA DE OLIVEIRA SILVA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO.

I - No caso dos autos, a expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 kg (um quilo) aproximadamente de maconha -, além de outros elementos obtidos no decorrer das investigações, justificam o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, eis que há indicativo, segundo a eg. Corte de origem, de que o recorrente se "*dedica a atividades criminosas*" (**Precedentes**).

II Assim, na espécie, a quantidade de entorpecente foi valorada para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a referida circunstância (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), considerada a quantidade da pena imposta, revela-se correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda. (**Precedentes**).

Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.143 - SP (2014/0286291-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por DANILO DA COSTA REIS DE ARAÚJO contra decisão por mim proferida, na qual neguei seguimento a recurso especial por ele aviado anteriormente.

Assevera o agravante que, ao contrário do que decidido, faria jus à aplicação da minorante inserta no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

Ademais, insurge-se contra a fixação do regime inicial fechado, ao argumento de que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que indicaria a existência de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.143 - SP (2014/0286291-1)

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO.

I - No caso dos autos, a expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 kg (um quilo) aproximadamente de maconha -, além de outros elementos obtidos no decorrer das investigações, justificam o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, eis que há indicativo, segundo a eg. Corte de origem, de que o recorrente se "*dedica a atividades criminosas*" (**Precedentes**).

II Assim, na espécie, a quantidade de entorpecente foi valorada para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a referida circunstância (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), considerada a quantidade da pena imposta, revela-se correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda. (**Precedentes**).

Agravo Regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Não merece reforma a decisão fustigada.

Aplicou-se ao caso a jurisprudência pacífica desta Corte, tanto no que tange a impossibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Drogas, quanto em relação ao regime prisional fixado.

Por esgotar a **quaestio**, reproduzo os fundamentos utilizados na decisão monocrática que proferi, **verbis**:

*"Da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo** valorou, além da **quantidade** e a **natureza** da droga apreendida, a existência de denúncia segundo a qual o recorrente se dedicaria ao tráfico de drogas, fatores aptos, **in casu**, a justificar a não incidência da fração redutora de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Trago, a propósito, excerto do voto condutor do acórdão reprochado, **verbis**:*

*"A despeito de se cuidar de réu primário, é bem de ver que **a significativa quantidade de maconha apreendida, -quase um quilo-**, que permitiria a distribuição desse tóxico a elevado número de consumidores, revelava maior temibilidade do agente e sua estreita vinculação com o nefasto comércio de entorpecentes, **tudo a impedir a aplicação da norma do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.***

*De fato, a benesse em questão sem dúvida visou conferir um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, surpreendido com quantidade pouco expressiva de tóxico. **Essa não é a situação do réu, surpreendido com expressiva quantidade de entorpecente durante cumprimento de mandado de busca e apreensão, expedido em função das investigações que apontavam a participação dele em organização criminosa**" (fl. 260, grifei).*

*Esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a excessiva quantidade de droga apreendida fundamento suficiente para afastar a aplicação da causa de diminuição, desde que observada a vedação do **bis in idem** (ou seja, a consideração simultânea dessa circunstância por ocasião da fixação da pena-base). **No caso em exame** foi apreendido um pouco menos de 1kg (um quilo) de "maconha".*

*Dessarte, a grande quantidade de entorpecente apreendida, aliada à circunstância de que foi **"surpreendido com expressiva quantidade de entorpecente durante cumprimento de mandado de busca e apreensão, expedido em função das investigações que apontavam a participação dele em organização criminosa"** (trecho do acórdão), indica, de forma segura, que o recorrente se dedica a atividades criminosas.*

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06 EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06.

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias do caso - principalmente a quantidade de droga apreendida - demonstram não se tratar de traficante eventual."

[...]" (AgRg no HC n. 268565/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/10/2014) (**grifei**).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justifiquem a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC n. 300550/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 6/10/2014, **grifei**).

Passo ao exame da apontada violação ao art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, o eg. Tribunal **a quo** fixou o regime inicial fechado, utilizando-se do seguinte fundamento:

"Ante a quantidade da pena carcerária imposta, inviável a substituição dela por sanções alternativas. Além disso, **as próprias circunstâncias do caso concreto justificam a imposição do regime prisional inicial fechado**, único adequado para reprimir a conduta altamente censurável do acusado e a reafirmação do direito violado" (fls. 260-261).

De fato, a definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes - crime equiparado a hediondo, deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, § 2º e 3º do Código Penal. Ou seja, será definido de acordo com o **quantum** da pena aplicada e em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diploma legal.

Contudo, é necessário fazer uma observação. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente".

Assim, para o crime de tráfico a exasperação da pena-base poderá decorrer da avaliação negativa da "natureza e quantidade" da droga apreendida. O que, por conseguinte, autoriza a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do já citado art. 33, § 2º e 3º do Código Penal.

Ocorre que o o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena. Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgado:

"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Desta forma, verifica-se que o atual entendimento do eg. **STF** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral, é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas "na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, **sempre de forma não cumulativa**, sob pena de caracterizar o **bis in idem**" (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutiva de recurso especial.

2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que **a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem**, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a diversidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (HC 283.997/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETORES UTILIZADOS TANTO PARA A ESCOLHA DA PENA-BASE QUANTO PARA A FIXAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA. **BIS IN IDEM**.

1. Extraí-se dos autos que **a quantidade e a qualidade da droga apreendida foram utilizadas como parâmetros tanto para fixar a pena-base acima do mínimo legal quanto para aplicar o redutor do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 no menor patamar legal**.

2. No ponto, vale registrar que esta Corte Superior passou a se alinhar ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a utilização da quantidade e do tipo da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da referida causa de diminuição caracteriza **bis in idem**.

3. Impõe-se, pois, a reforma da decisão agravada no particular, redimensionando-se as penas para afastar a dupla valoração [...]" (AgRg no REsp 1349247/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 17/9/2014).

Portanto, a circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena. Dessarte, será utilizada para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena.

E, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso, pois não haveria sentido admitir tal possibilidade somente quando valorada na fixação da pena-base. É que, a partir da autorização concedida pelo Pretório Excelso no julgado acima referido, não há razão para proceder a tal diferenciação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (27 tubetes de cocaína e 4 trouxinhas de maconha), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Habeas corpus denegado" (HC 223.455/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 6.3.2012).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

(...)

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC 276.781/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/09/2014).

In casu, o eg. Tribunal de origem, na primeira fase, valorou favoravelmente todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. A pena definitiva atingiu o patamar de 5 (cinco) anos, o recorrente é primário e não apresenta maus antecedentes. Não obstante, a quantidade de entorpecente foi utilizada na terceira fase para afastar a aplicação da causa de diminuição. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa da quantidade de droga apreendida, **o regime adequado é o inicial fechado**.

Por conseguinte, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois verifica-se, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal a sua inviabilidade, haja vista o montante final da pena aplicada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ultrapassar quatro anos de reclusão".

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0286291-1

AgRg no
REsp 1.492.143 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000071820138260137 012013 1/2013 113 12013 71820138260137 RI0020UJX0000

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **DANILO COSTA REIS DE ARAÚJO**
ADVOGADO : **JOELMA DE OLIVEIRA SILVA**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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 : **DANILO COSTA REIS DE ARAÚJO**
ADVOGADO : **JOELMA DE OLIVEIRA SILVA**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.