



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 441.689 - CE (2013/0397179-1)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : GEORGINA LUISSANA ZUNGUENE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. **1.** TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VALORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. **2. BIS IN IDEM.** INOVAÇÃO NA VIA RECURSAL. TEMA NÃO TRAZIDO NAS RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **3.** AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Para a não aplicação da causa de redução de pena em seu patamar máximo, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade e natureza da droga apreendida – qual seja, 10.036,44 g (dez mil e trinta e seis gramas e quarenta e quatro centigramas) de cocaína –, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir um vasto número de usuários. Essa conjuntura afasta a mencionada afronta, pois foram indicados fatos concretos que autorizam a menor diminuição da pena, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado.

2. De acordo com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a inauguração, em agravo regimental, de temas não trazidos no recurso especial configura indevida inovação recursal, razão pela qual não pode ser examinada a alegação de **bis in idem** pela consideração da quantidade de droga para a exasperação da pena-base e para aplicação da causa de redução de pena em seu patamar mínimo.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 441.689 - CE (2013/0397179-1)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor (fls. 694/700):

Inicialmente, tem-se que a eg. **Terceira Seção** desta esta c. **Corte Superior** possui entendimento pacificado no sentido de que o magistrado, na aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6. LEGALIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. São requisitos para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. À luz do dispositivo acima mencionado, verifica-se que o Recorrente já foi por demais beneficiado, pois, apesar da considerável quantidade e natureza da droga apreendida em seu poder - 5.877g de cocaína -, para difusão ilícita, foi agraciado pelo Tribunal a quo com a aplicação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto).

(...)

4. Recurso especial desprovido."

(REsp 1.321.431/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 02/12/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. GRAU DE REDUÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (QUANTIDADE DE PENA APLICADA). FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. MECÂNICA DELITIVA, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6 (um sexto), está perfeitamente adequada com as circunstâncias do fato criminoso, a exemplo da quantidade e natureza do entorpecente apreendido - cerca de 2.000g (dois mil gramas) de cocaína.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas não só na fixação da pena-base, mas também na aplicação do redutor. Vale ressaltar que não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

3. A dosimetria da pena é tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional, o que não ocorreu na espécie.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1.301.826/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 20/11/2013)

"**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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MODUS OPERANDI. INGESTÃO DE 76 CÁPSULAS DE DROGA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER OBJETIVO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

5. O estabelecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade e a natureza da droga apreendida - 638,2 g de cocaína, acondicionados em 76 cápsulas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). O **quantum** de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

6. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para reconhecer a incidência da atenuante da confissão, reduzindo a pena total para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, mantendo o regime outrora fixado pelas instâncias de origem."

(HC 212.924/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 05/11/2013)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. (...) INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

VI. Nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, deve o magistrado considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. No caso, em razão da grande quantidade e variedade de drogas apreendidas - 9,332 kg de maconha, 44 g de cocaína e 6 tijolos de maconha -, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e a reprimenda foi reduzida em 1/6 (um sexto), pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo inviável a redução da pena-base e a aplicação da redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência desta Corte.

(...)

X. **Habeas corpus** não conhecido."

(HC 248.155/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Assusete Magalhães**, DJe de 30/10/2013)

No caso dos autos, conforme consta do v. acórdão recorrido, foram apreendidos 10.036,44 (dez mil, trinta e seis quilos e quarenta e quatro) gramas de cocaína, estando devidamente fundamentada a aplicação do redutor em seu patamar mínimo.

Além disso, esta eg. Corte também tem se posicionado no sentido de que, para se proceder a alteração da fração aplicada pelas instâncias ordinárias a título de causa de diminuição de pena, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela **Súmula 7 desta eg. Corte**, que dispõe: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Nesse sentido, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.362.635/MG, **6ª Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 28/11/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

2. A fixação do patamar da causa especial de diminuição, o Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento de que, quando presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o quantum adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto. Desse modo, extrai-se dos autos que o Tribunal de origem, ao confirmar a sentença, o fez em face do não preenchimento dos requisitos legais, 'notadamente pelos maus antecedentes' (fl. 1.171-STJ).

3. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no REsp 1.325.722/RS, **5ª Turma**, Rel. Min. **Campos Marques** - desembargador convocado do TJ/PR, DJe de 02/09/2013)

Quanto ao regime de cumprimento da pena, verifica-se que a questão não foi apreciada pelo v. acórdão recorrido e sequer foram opostos embargos de declaração para tanto, carecendo o recurso, no ponto, do imprescindível prequestionamento, circunstância que atrai a incidência das **Súmulas 282 e 356 do c. STF**. Nesse sentido: AgRg no AREsp 176.314/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 23/10/2013; AgRg no REsp 1.389.152/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 04/11/2013. Ainda que assim não fosse, tem-se que a eg. **Terceira Seção** deste c. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerar "*possível, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado aos condenados pelo delito de tráfico de drogas - a despeito da hediondez da conduta típica*" (EResp 1.285.631/SP, **3ª Seção**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 19/11/2012).

Ocorre que a ora agravante não preenche os requisitos necessários à fixação do regime diverso do fechado, tendo em vista que, apesar de ser primária e ter sido condenada, definitivamente, a 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que justifica a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6. LEGALIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(...)

2. É de ser mantido o regime mais gravoso, no caso, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos de reclusão, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, tendo em vista a existência de circunstâncias desfavoráveis ao Recorrente.

3. Não se mostra possível a pleiteada conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos haja vista que se trata de pena superior a 4 anos de reclusão, inexistindo, assim, qualquer violação ao art. 44 do Código Penal.

4. Recurso especial desprovido."

(REsp 1.321.431/SP, **5ª Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 02/12/2013)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. (...) 7. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. 8. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

7. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fim de reduzir a pena imposta."

(HC 198.666/DF, **6ª Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 28/11/2013)

Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, inciso II, alínea **b**, do CPC, c/c art. 1º da Resolução STJ n.º 17/2013, **conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial.**

No presente agravo regimental, sustenta a agravante que "revela-se teratológica a não incidência do redutor da pena em seu grau máximo em razão da quantidade e/ou qualidade da droga apreendida, consoante refere a decisão agravada. Isso porque, primeiramente, o julgado de piso valeu-se da natureza e/ou quantidade da droga quando da fixação da pena-base, de modo que há flagrante **bis in idem** a utilização da mesma circunstância para efeito de aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (fl. 708).

Busca, assim, seja reconsiderada a decisão agravada, ou levado o agravo regimental a julgamento perante a Quinta Turma para que reforme o julgado, determinando a redução da pena em seu grau máximo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 441.689 - CE (2013/0397179-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, a Terceira Seção desta Corte Superior possui entendimento pacificado no sentido de que o magistrado, na aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6. LEGALIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. São requisitos para que o traficante faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. À luz do dispositivo acima mencionado, verifica-se que o Recorrente já foi por demais beneficiado, pois, apesar da considerável quantidade e natureza da droga apreendida em seu poder - 5.877g de cocaína -, para difusão ilícita, foi agraciado pelo Tribunal a quo com a aplicação da minorante no patamar de 1/6 (um sexto).

(...)

4. Recurso especial desprovido."

(REsp 1.321.431/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 02/12/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. GRAU DE REDUÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (QUANTIDADE DE PENA APLICADA). FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DO MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. MECÂNICA DELITIVA, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6 (um sexto), está perfeitamente adequada com as circunstâncias do fato criminoso, a exemplo da quantidade e natureza do entorpecente apreendido - cerca de 2.000g (dois mil gramas) de cocaína.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas não só na fixação da pena-base, mas também na aplicação do redutor. Vale ressaltar que não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

3. A dosimetria da pena é tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional, o que não ocorreu na espécie.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1.301.826/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 20/11/2013)

"**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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MODUS OPERANDI. INGESTÃO DE 76 CÁPSULAS DE DROGA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER OBJETIVO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

5. O estabelecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade e a natureza da droga apreendida - 638,2 g de cocaína, acondicionados em 76 cápsulas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). O **quantum** de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

6. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão, reduzindo a pena total para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, mantendo o regime outrora fixado pelas instâncias de origem."

(HC 212.924/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 05/11/2013)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. (...) INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

VI. Nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, deve o magistrado considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. No caso, em razão da grande quantidade e variedade de drogas apreendidas - 9,332 kg de maconha, 44 g de cocaína e 6 tijolos de maconha -, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e a reprimenda foi reduzida em 1/6 (um sexto), pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo inviável a redução da pena-base e a aplicação da redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência desta Corte.

(...)

X. **Habeas corpus** não conhecido."

(HC 248.155/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Assusete Magalhães**, DJe de 30/10/2013)

No caso dos autos, conforme consta do acórdão recorrido, foram apreendidos 10.036,44g (dez mil, trinta e seis quilos e quarenta e quatro gramas) de cocaína, estando devidamente fundamentada a aplicação do redutor em seu patamar mínimo.

No que concerne à existência de **bis in idem** na consideração da quantidade de drogas, verifico que se trata de indevida inovação recursal. Como é cediço, o intuito de discutir novos temas, não trazidos inicialmente no recurso especial, não se mostra viável, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre as matérias.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PENA-BASE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DOLO ESPECÍFICO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não remanescendo ilegalidade manifesta na fixação da pena-base e estando efetivamente fundamentada a decisão, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da dosimetria, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência do enunciado 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois à parte é vedado inovar pedidos quando da interposição de agravo regimental ou embargos de declaração. 3. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.229.749/ES, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 19/09/2013).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0397179-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 441.689 / CE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00101110220094058100 101110220094058100 10281 200981000101113 47420094

EM MESA

JULGADO: 18/03/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GEORGINA LUISSANA ZUNGUENE
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 : GEORGINA LUISSANA ZUNGUENE
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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.